Public Policy Forum
Forum des politiques publiques

AMENDMENTS TO THE COMPETITION ACT AND THE COMPETITION TRIBUNAL ACT: A REPORT ON CONSULTATIONS

Final Report
Submitted to the Commissioner of Competition

Ottawa
December 20, 2000

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION 1

Context 1

Methodology 2

GENERAL OBSERVATIONS 6

COMMENTS ON THE PRINCIPLES UNDERLYING THE PROPOSED AMENDMENTS 10

Illustrating Abuse of Dominance in Retail Markets (Bill C-402) 10

Informing Consumers (Bill C-438) 12

Facilitating Co-operation between Competition Authorities (Bill C-471) 14

Private Rights of Access to the Competition Tribunal (Bill C-472) 18

References (Bill C-471); Cost Awards and Summary Dispositions (Bill C-472) 21

Cease and Desist Powers (Bill C-472) 23

Facilitating Strategic Alliances and Improving the Investment Climate (Bill C-472) 27

SUMMARY OF DISCUSSIONS ON THE SEVEN PRINCIPLES 32

COMMENTS OUTSIDE THE SCOPE OF THE SEVEN PRINCIPLES 34

CONCLUSION 37

AMENDMENTS TO THE COMPETITION ACT AND THE COMPETITION TRIBUNAL ACT: A REPORT ON CONSULTATIONS

INTRODUCTION

Context

In light of the impact of the global economy and of rapid technological change on Canadian business, there have been calls in the last few years for amendments to competition legislation to address the impacts of these trends on the scope of the marketplace, and on market structure and business operations.

Competition legislation has undergone several revisions since its creation in 1889. Each of these revisions reflected changes in direction of Canada's economic development. At each turn of the wheel, the creation of new industries and the transformation of old industries called for the reformation of competition policy to ensure continued economic advantages for business and for the consumers.

The knowledge-based economy is today's source of innovation. Not only has it encouraged a continual series of organizational and institutional changes within industrial sectors and domestic economies, the knowledge-based economy has also created a nearly borderless world in which business enterprises are increasingly internationalizing their activities. However, although industries evolve radically, business objectives remain the same: to take advantage of innovations to improve productivity and increase economic gains.

Given this new business environment, government needs once again to examine competition legislation to determine if adjustments are required. In line with a policy of continuous legislative renewal, the Bureau has been considering the kind of changes that would be desirable for the next round of amendments to meet the challenges of the changing economy. However, recent public interest in competition and the effectiveness of the *Competition Act* has led to pressures for further, more immediate changes. In particular, four Private Members' Bills addressing various issues in relation to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act* were recently tabled in the House of Commons. These Bills propose a number of amendments that are consistent with the kind of changes the Competition Bureau has advocated over the last few years and which it intended to put forward in its next round of consultations. Consequently, the Bureau supports the principles set out in the Private Members' Bills. Competition legislation is complex, however, and these proposals had not been the subject of extensive public discussion or formal consultations.

The former Minister of Industry was contemplating presenting a government Bill, and wished to consult Canadians on the changes proposed in the four Private Members' Bills. Therefore, at his request, the Commissioner of Competition mandated the Public Policy Forum on April 17, 2000, to launch consultations on the legislative changes in these Bills with a view to hearing from a broad range of stakeholders.

This consultation process is now complete, and the following report summarizes and analyzes the input received from the broad base of organizations and individuals who participated in the process.

Methodology

The consultation process to solicit advice and report on proposed amendments to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act* was undertaken at the request of the Competition Bureau. Specifically, the Public Policy Forum was asked to consult Canadians on possible amendments to competition legislation as reflected in four the Private Members' Bills.

I. The Guidelines for the Consultation Process

During the consultation process, every effort was made to allow for maximum input and transparency. To achieve this goal, the following guidelines were established and followed.

1) The Public Policy Forum established and maintained a Website to allow interested parties to consult relevant material, including background material, written comments and roundtable reports. (See details in Stages and Timing below.)

2) The consultation was undertaken on the principles underlying the pieces of proposed legislation rather than on the four Private Members' Bills per se. As such, the Bills provided examples of how legislation might be developed around these principles. Although there were only four Bills, some covered more than one aspect of competition legislation. Seven principles were identified as the focus for the subsequent discussions:
   - Illustrating Abuse of Dominance in Retail Markets (Bill C-402)
   - Informing Consumers (Bill C-438)
   - Facilitating Co-operation between Competitive Authorities (Bill C-471)
   - Private Rights of Access to the Competition Tribunal (Bill C-472)
   - References (Bill C-471); Cost Awards and Summary Dispositions (Bill C-472)
   - Cease and Desist Powers (Bill C-472)
   - Facilitating Strategic Alliances and Improving the Investment Climate (Bill C-472)

3) Every effort was made to ensure a broad-based consultation.
   - All written comments received until the end of step 4 of the consultation process (i.e. the end of the roundtable process) were posted to the Website and were considered for this final report. The original deadline of June 30, 2000, for submission of written comments, applied only to the

comments to be included in the summary and analysis document prepared to inform roundtable participants (see stages 2, 3, and 4 below).

- The Public Policy Forum tried to ensure that all stakeholders were given an opportunity to participate in the consultation process. Invitations were sent to some 2,000 organizations and individuals to submit comments – just over 100 written submissions were received in response. In addition, efforts were made to include representatives from all interested sectors in these consultations, for both the written comments and the roundtable discussions. Participants at the roundtables included individuals and representatives of organizations who had not submitted written comments as well as some who had.

4) The Public Policy Forum was asked to undertake this consultation by virtue of its position as a neutral, non-partisan organization capable of receiving, analyzing and reflecting the viewpoints of all interested parties. As such, we have tried to ensure that the views expressed in this report fairly and accurately reflect all expressions of support and concern about the proposed amendments.

5) As stated in paragraph 2), the focus for discussions was established as the seven principles underlying the proposed legislative amendments. However, the Public Policy Forum also received comments on other aspects of competition which greatly concerned a significant number of the intervenors in the process. As was promised to these participants, we have also reflected these concerns in our report.

II. Stages and Timing

The consultation process began on April 17, 2000, and comprised the following five stages:

1) On April 17, 2000, a discussion paper prepared by the Competition Bureau, entitled "Amending the *Competition Act* – A Discussion Paper on Meeting the Challenges of the Global Economy," was placed on the Public Policy Forum Website. Interested parties also had access to information on the four Private Members' Bills as well as on the Competition Bureau, the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act*.

2) Beginning on April 17, 2000, letters were sent to stakeholders and interested parties across Canada to invite submissions on the proposed legislative amendments. Submissions could be made electronically, by fax or by mail, with a deadline of June 30, 2000. Submissions were posted on the Public Policy Forum Website.

3) An analysis and summary of the written submissions received by June 30, 2000 was prepared and posted on the Website.

4) This analysis and summary document on the written submissions was used to inform the participants at a series of roundtables held in August and September, 2000.

- Representatives from consumer and trade associations, small, medium and large businesses, the federal, provincial and territorial governments, and labour organizations were invited to nine roundtables held across Canada.
- After the first nine roundtables, representative experts on competition law from the legal and academic communities were invited to one of three subsequent roundtables to further probe the issues raised in the written comments and the discussions at the previous nine roundtables.
- In order to facilitate an open and frank dialogue, groups were held to a maximum of 12 participants, and all discussions took place on a "not for attribution" basis.
- A summary of discussions for each individual roundtable was prepared and posted on the Public Policy Forum Website.

5) In this, the final step, the analysis of the submissions and the roundtable results are being submitted in a report to the Commissioner of Competition. This report will be also be posted on the Public Policy Forum Website.

III. The Report

The present report consists of three parts:

- **General Observations** – This section describes the context in which the discussions evolved and the various factors that we believe influenced the comments received from the intervenors in the consultation process.

- **Comments on the Seven Principles** – This section presents an overview of each of the seven principles identified as underlying the proposed legislative amendments, an analysis of the comments received, both in writing and during the roundtable discussions, and an assessment of the overall results for each principle.

- **Comments Outside of the Scope of the Seven Principles** – This section presents other comments received beyond the seven principles discussed in the previous section.

IV. About the Public Policy Forum

The Public Policy Forum is a non-partisan, non-profit organization aimed at improving the quality of government in Canada through better dialogue among government, the private and the third sectors. The Forum's members, drawn from business, federal and provincial governments, the voluntary sector, and the labour movement, share a common belief than an efficient and effective public service is a key element in ensuring our quality of life and global competitive position.

Established in 1987, the Public Policy Forum has gained a reputation as a trusted, neutral facilitator, capable of bringing together a wide range of stakeholders in productive dialogue. Its research program

provides a neutral base to inform collective decision making. By promoting more information sharing and greater linkages between governments and other sectors, the Public Policy Forum ensures that Canada's future directions become more dynamic, coordinated, and responsive to the challenges and opportunities which lie before us.

GENERAL OBSERVATIONS

A consultation on such an important topic cannot be divorced from the environment in which the intervenors are evolving. Although in many ways, this consultation process was intended to focus on only a few aspects of competition legislation – and in some case, relatively minor aspects – the responses from our participants represent a clear manifestation of the context in which they are competing. The following therefore will consider some aspects of Canadian and global economy which were raised by the participants, and which influenced their reactions to the proposed legislative amendments.

a. The Changing Economy and its Impact on Competition

i) The Changing Market Structure

When competition legislation was first enacted, it was intended to deal primarily with monopolistic manufacturers who sought to control the economy by controlling the production of goods. Today, changes in the economy have brought about dominance in the retail sector, to the point where in many instances, retailers now control manufacturers and suppliers. This new market structure, in turn, has brought about changes such as innovations in pricing policies that are deemed predatory by some businesses affected by them. Many of our participants, in particular those from the small and medium-size business sector (SMEs), are inclined to believe that competition legislation should be – but is not – geared to control this new form of dominance in the market.

This viewpoint was not shared by all intervenors. Some of the participants, and particularly those who are more versed in competition legislation, pointed out to us that the *Competition Act* is framework legislation that is considered to apply equally to anti-competitive behaviour in all sectors of the economy. Others stated that competition legislation is intended to protect competition rather than competitors, and so they see no evidence that competition is being reduced by current business practices. Some participants noted that there has been an increase in the number and variety of products available to consumers, proof that competition was actually quite vigorous. By contrast, other intervenors, particularly those from SMEs, replied that the near total disappearance of small enterprises in some parts of the economy, leaving the field to a few very large players, would eventually lead to much higher prices set by enterprises which would then control the markets. The gas industry and the grocery industry (including, for example, small market growers, small food manufacturers, etc.) are, according to these intervenors, already compromised because of the almost total disappearance of small enterprises.

ii) Information Technology

Another obvious area of change in the economy is the impact of information technology. The advent of information technology has caused all aspects of business to change at an ever-increasing pace: shorter production cycles, computer-assisted technologies, and constantly evolving networks among competing

enterprises that are building strategic alliances are now considered a normal way of doing business for enterprises both large and small. Participants from larger enterprises in particular expressed great concern over the potential negative impact of changes to competition legislation if new technology-driven business practices were not taken into consideration.

For example, some participants feared that new legislative requirements such as the process to obtain a clearance certificate as proposed in Bill C-472 could impede the speed with which business must be conducted – a few extra weeks in "putting together a deal" while waiting for government sanction might cause it to fail. A number of participants also worried that the strategic alliances they consider necessary to ensure efficiencies could not be clearly differentiated in legislation from anti-competitive mergers. The participants were concerned that government might not understand well enough how business is conducted in the information technology world in which it is evolving.

iii) Globalization and Harmonization

A number of participants noted their concerns about the need to harmonize Canadian competition policy with those of Canada's trading partners. The number of merger transactions continues to increase, and many of the larger transactions involve transnational acquisitions. Several expressed the view that greater efforts were required to review competition legislation and its application in the U.S. and Europe to ensure that changes to Canadian legislation will not risk reducing the competitiveness of Canadian enterprises or make Canada a less attractive place to do business.

Still other participants believed that some aspects of foreign competition legislation are more beneficial to the economy than Canadian legislation – for example, the "success" of the U.S. economy was noted on several occasions as an indication that the U.S. policy could offer a model for Canada to follow.

b. Big Business vs. Small Business

i) Tensions Between Big Business and Small Business

One of the most challenging aspects of this consultation process was the sense of desperation expressed by small business owners. Many of the intervenors from small enterprises expressed very strong concerns about their continuing ability to compete in the marketplace. They provided examples, mainly in the grocery and gas industry, but in others as well, in which the number of small enterprises has been greatly reduced in recent years. Indeed, in some cases, we were told that small enterprises felt that they were unable to participate openly in the consultation process, for fear of reprisals from the large enterprises on which they depend for their continued existence.

On the other hand, we were also made aware of a sense of frustration among larger enterprises, who fear that changes to competition legislation will impede their ability to compete on a global scale. Although SMEs representations often characterized big business activity as deliberately targeting their

demise, this type of deliberate strategy was not always obvious to us. Watching big business in action is somewhat like observing two elephants tussling in the jungle. The elephants are so focused on their own need to win that they have no awareness of how, in the course of their shoving match, they are trampling on the smaller animals around them. Big business, particularly the very large enterprises, are focused entirely on their business peers. In their determination to ensure that they have the strength to at least maintain their position with their peers, they see strategies that will support their position as necessary to ensure vigorous competition, even though the result may be to remove smaller competitors from the market.

During the consultation, these very divergent viewpoints on the meaning of competition translated into a wide gap in understanding between big business and SMEs, and – more importantly – into discussion often at cross purposes. This tension between big business and SMEs had a very definite impact on our consultations.

ii) The Role of Small and Medium-Sized Business in the Economy

We found a definite philosophical dichotomy about the role of SMEs in the economy. Small and medium-sized business often view themselves as the "backbone" of the economy, since they traditionally form the lion's share of the business community. In addition, tradition also says that innovation is the purview of small, dynamic enterprises.

We were reminded during the course of our consultation that the *Competition Act* specifically states in Part I, Purpose and Interpretation, 1.1:

> "The purpose of the *Competition Act* is to maintain and encourage competition in Canada … in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy…"

That is, the protection of small and medium-sized businesses is considered one of the derivative benefits of maintaining and encouraging competition, rather than a separate goal of competition legislation.

However, the role of SMEs seems much less clear in today's changing economy. Attention is focused in large part on the meld between globalization and the development of the knowledge economy, and much of the public discussion on the economy seems to emphasize means of fostering the sectors of the economy that are most active in these areas. Small and medium-sized business owners expressed concerns that their needs would be neglected if the primary aim of amendments to competition legislation was to ensure Canada's competitiveness in the global arena.

c. Public Understanding of Competition Legislation

A final issue for the Public Policy Forum in conducting this consultation process was related to the various levels of understanding of the intent and scope of competition legislation among the participants. Competition policy is an essential aspect of doing business and of our country's economic health. Yet a lack of understanding of the intent, scope and limits of competition legislation among most of the those who are affected by it became very clear to us during this consultation process. One obvious example is the debate that rages on the subject of gas pricing and how competition legislation can and cannot affect it. Another area of confusion is the links and the differentiation between competition policy and consumer protection policy.

This lack of understanding posed two challenges for the Public Policy Forum. The first challenge was in obtaining the participation of business representatives who were not lawyers charged with overseeing competition issues. Many business representatives approached by the Public Policy Forum felt they were not well versed enough in competition legislation to express their opinions. It caused some difficulty in finding the balance we sought among the concerned stakeholders to ensure that all viewpoints were adequately addressed. A second challenge was in ensuring that the intent and limits of the proposed legislative amendments were understood and in maintaining the focus of discussion – at least in major part – on these specific issues. However, we believe that in the total scheme of the consultation process, a satisfactory balance was obtained, both in terms of participation and areas of discussion.

COMMENTS ON THE PRINCIPLES UNDERLYING THE PROPOSED AMENDMENTS

This section discusses the seven principles underlying the proposed amendments and the results of the consultation for each. Since the discussions during the roundtables raised, for the most part, issues that were similar if more detailed than in the written comments, we have for the most part not attempted to differentiate between these two stages of the consultation process in our presentation of the comments received.

The format for the discussion will be as follows:

a) The Proposal: a description of the proposed amendment as reflected in the relevant Private Members' Bill, including its scope and limits.

b) The Principle: a description of the intended purpose or benefit of the proposal.

c) Overview of Comments Received: an overview of the context for the discussions specifically related to the principle under discussion, including, for example, particular tensions among different groups of stakeholders.

d) Expressions of Support: a discussion of the comments on the specific proposal provided by those intervenors who supported the proposal, in part or as a whole.

e) Concerns: a discussion of the comments provided by those intervenors who disagreed, in part or as a whole, with the proposal.

f) Alternative Solutions: a description of options suggested by intervenors that might improve the proposed amendment or make it more acceptable in principle.

g) Assessment: a summary of the balance of pros and cons, as well as alternative suggestions, raised in the discussions.

Illustrating Abuse of Dominance in Retail Markets (Bill C-402)

The Proposal

This Bill would amend the *Competition Act* by adding examples of anti-competitive behaviour specific to the retail industry to the non-exhaustive list of anti-competitive acts in section 78. Pursuant to section 79 of the Act the Competition Tribunal may make an order prohibiting a person from engaging in such anti-competitive acts.

The Bill would add three new subsections to section 78:

1. The proposed subsection 78(j) targets the grocery trade practices of shelving fees or listing allowances.

2. The proposed subsection 78(k) prohibits squeezing by a vertically integrated retailer.

3. The proposed subsection 78(l) targets grocery retailers who unilaterally claim rebates from their suppliers.

The Principle

The purpose of this Bill is to add clear examples of anti-competitive acts related to grocery and gasoline markets to the illustrative list of anti-competitive acts in the abuse of dominance provisions of the Act. Section 79 prohibits an abuse of dominant position and section 78 comprises a non-exhaustive list of corresponding anti-competitive acts. The proposed amendments are targeted at specific situations which have become more sensitive in the grocery industry since the recent wave of consolidation occurred. Similar issues exist in the retail gasoline industry.

Overview of Comments Received

Reactions to this Bill were polarized, with very few neutral responses. Opposition was particularly strong.

Expressions of Support

Those in support of the proposal focused on the need to draw the attention of the grocery and gasoline industries to how the abuse of dominance provisions of the Act apply to them by adding to the non-exhaustive list of anti-competitive acts in section 78. Some supporters called for more additions to section 78 to address situations unique to particular sectors of the economy and to provide greater clarity for the purposes of interpreting and understanding the abuse provisions of the Act (per section 79).

Concerns

Opponents viewed the proposed amendments as unhelpful at best since the Competition Tribunal has clearly indicated in previous abuse cases that the application of the law (per section 79) is already well-known and it does not rely on section 78. Not only did opponents reject any additions to section 78, but some even suggested that section 78 itself is dispensable and should be revoked. Several supported that view with the notion that the additions proposed for section 78 could lead to perverse interpretations of section 79 with anti-competitive consequences.

There was broad agreement that the Act, as framework legislation, needs to be consistent in protecting and fostering competition, rather than in protecting competitors.

Many opposed the Bill because it appears to duplicate either contract law, or, in a few instances, because it duplicates existing provincial legislation. Moreover, participants felt that the Competition Tribunal should not be called upon to resolve contract disputes that are properly the domain of the courts.

Some participants involved in the grocery trade (particularly the larger enterprises) opposed these amendments because they could interfere with the rapidly evolving nature of the grocery trade and its supply chain relationships. Some participants associated with other industries saw a risk that their industries would be inadvertently injured by these amendments as they could also capture pro-competitive arrangements. There was general agreement among these participants that the *Competition Act* is framework law and that industry specific amendments are inappropriate.

Assessment

Given the divergent views expressed on this Bill in its current form, it is difficult to establish a broad consensus in support of it. However, the question remains open as to whether such a consensus can be reached even with alternative wording.

Supporters of the Bill want greater clarity with respect to the application of the abuse of dominant position provisions of the Act to their respective industries, and this may be achieved by the Guidelines currently being developed by the Bureau. While supporters may be characterized as typically representing SMEs, opponents of the Bill also fall into that category, making it difficult to argue that supporters can be fairly characterized as SMEs or belonging to any other identifiable group.

Informing Consumers (Bill C-438)

The Proposal

Bill C-438 would amend the *Competition Act* so as to prohibit the sending by mail or any other system of delivery related to paper documents, for the purposes of promoting any business interest, printed material that conveys the general impression that the recipient of the printed material has won a prize, but that in order to receive the prize, the recipient must first make a payment of money or incur specific telephone charges.

The Principle

This proposal, endorsed in April 2000 by the House of Commons Standing Committee on Industry, is specifically designed to address concerns about deceptive contests sent by mail. In endorsing the

proposal, however, the Committee was concerned that the Bill, as drafted, would exclude delivery by Internet and other technological systems of delivery.

Overview of Comments Received

This proposal was the least controversial of the four Private Members' Bills, with very few specifically opposing the initiative to address deceptive conduct in the marketplace.

Expressions of Support

There was widespread support for this proposal in both the written submissions and during the roundtable consultations. Supporters regarded this Bill as an important tool to combat deceptive conduct of this nature and a means of enhancing the enforcement powers of the Bureau. In particular, enterprises in the marketing field felt that the type of "shady" behaviour targeted by this proposal tends to reduce consumer trust in all marketing activities, and they were very pleased that government is considering means of eliminating the most egregious forms of this type of activity.

Concerns

Despite a vote of support from most of the participants, some specific concerns were registered. Some were of the view that the Bill was unnecessary in that the *Criminal Code* and the misleading and deceptive marketing practices provisions of the *Competition Act* were sufficient to deal with deceptive contests. Concern was expressed about the singling out of marketing activities and the enactment of new legislation to deal with separate forms of conduct such as telemarketing and deceptive mail. The *Competition Act*, it was argued, was a statute of general application that should be capable of capturing all forms of deceptive conduct regardless of the medium used.

A few participants felt that the language of the Bill was overly broad and might capture legitimate business activities. Further attention to the wording of the Bill was urged in this regard.

One written submission referred to the extraordinary nature of subsection (5) of the proposal which establishes the liability of officers and directors of the company engaged in the deceptive conduct. The test for liability of these officers was regarded as being too onerous.

Alternative Solutions

A common complaint among participants was that the Bill is too narrow in that it fails to capture deceptive practices over the Internet. This was considered to be a serious deficiency in the proposal given the ever-increasing amount of business activity conducted via this medium.
Accordingly, it was recommended by a large number of participants that the Bill be framed so as to address Internet activity in addition to mail contests.

Assessment

While there was a large degree of support for this Bill, intervenors indicated that should an amendment to the Act be made in this regard, then it must encompass the Internet more specifically as concerns electronic mail.

Facilitating Co-operation between Competition Authorities (Bill C-471)

The Proposal

Bill C-471 would provide the legislative basis for Canada to enter into agreements with other jurisdictions to enhance international mutual co-operation in the enforcement of non-criminal competition law.

The Principle

The underlying principle of this Bill is that facilitating co-operation between antitrust authorities is necessary in a climate of ongoing trade globalization. A specific mechanism already exists to provide for the communication of information internationally with respect to criminal matters in the form of the Mutual Legal Assistance Treaty ("MLAT"). That treaty was written pursuant to a specific piece of enabling legislation, the Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act ("MLACMA"), which applies in criminal antitrust matters. There is currently no equivalent mechanism for the international communication of information on non-criminal, or civil competition matters such as mergers or abuse of dominant position. The proposal would enable Canada to become a signatory to international antitrust co-operation agreements for civil matters such as those envisioned in the International Antitrust Enforcement Assistance Act ("IAEAA") passed in the U.S. in 1994.

Overview of Comments Received

International mutual co-operation ("IMC") is a very broad law enforcement concept that invariably attracted support on first principles, public interest in particular. It also implicates basic principles concerning confidentiality and a number of operational issues which are described below. These issues were raised by intervenors and there was broad agreement on how they should be integrated in any IMC initiative. Participants repeatedly remarked that international mutual assistance was fully supportable, but the model proposed in C-471 appears not to be sufficiently developed to offer adequate comfort with respect to implementation. The comments of intervenors also demonstrated a need to clarify the fact that this Bill was written to address civil matters exclusively and only constituted enabling legislation.

The major issues which emerged on this topic were those of confidentiality of information (protections, third party access rights and privileges, need for notification, dispute resolution mechanism, differing

treatment by country) and operational issues (rights to due process, authority to sign agreements, clarification of roles of government officials, etc.). Only a very few intervenors suggested that it would be either "inappropriate" or "unnecessary" to pursue the basic objective of IMC.

Expressions of Support

Support for the underlying principle of this Bill came from a wide range of participants representing a diverse cross-section of the economy. Some supporters went beyond mere acceptance, and described enhancing IMC as "necessary and desirable". The underlying principle of this Bill was widely supported, although every participant qualified that support in detail to address complex and interrelated issues raised by international co-operation.

Concerns

The concerns described below begin by briefly describing the thoughts of the very few who objected to the Bill entirely, and follow with a discussion of the issues that supportive participants felt needed to be addressed to make the Bill workable.

There were mixed feelings about the Bureau using formal powers to collect information from Canadian companies to assist in a foreign investigation. This concern was shared by both supporters and opponents of the Bill. This issue again highlighted the broad acceptance of the notion of international co-operation with a widely differing sense of the appropriate scope of this kind of co-operation.

In a very few cases, the need for enhanced IMC with respect to civil matters was itself doubted, and that, combined with concerns over confidentiality, caused these participants to oppose the Bill. More often, opponents of this Bill expressed concerns about confidentiality and about how well information which was communicated between international antitrust authorities could be protected. These confidentiality concerns mirrored those expressed by supporters of the general principle of enhanced IMC. Objections included the lack of a notification system to allow persons who have voluntarily provided information to be made aware that it was about to be communicated to a foreign competition authority and provide them with an opportunity to challenge that communication through an independent third party adjudicator (the Competition Tribunal and Courts were frequently mentioned in this context).

The differing treatment of anti-competitive acts in various jurisdictions were also a cause for concern among the majority of participants, both supporters and opponents of the Bill. It was noted that certain acts might be treated as civil under Canadian law but as criminal abroad, and vice versa. This resulted in strong support for following the existing criminal track (MLAT) for criminal matters and not replacing it with a new civil approach consistent with IAEAA. Inconsistencies between jurisdictions also raised the issue of whether it would be appropriate for the Canadian government to provide information to a foreign authority with respect to a matter that does not violate Canadian law at all and which has no direct consequences in Canada. Participants agreed broadly that the scope of an IMC agreement should be quite narrow.

The Bill reflects the basic requirements for an agreement to be signed with the U.S. under the IAEAA. Those requirements include that both signatories must have fundamentally similar competition laws and provide similar confidentiality protections for information. Participants repeatedly expressed their concern that, while there is a high degree of commonality between Canadian and U.S. laws and practices, it is much less clear that an acceptable level of commonality could be found with other trading partners – Japan, for example, and less-developed countries in particular.

In the absence of genuine commonality of law and its application, participants were very concerned that information collected from Canadian companies that would normally be protected in Canada would be communicated to third parties abroad by foreign competition authorities who obtained it from the Bureau. The latter was frequently cited as an overriding concern in the context of treble damages which could result from civil litigation in the U.S. The participants expressing these concerns represented both the private sector and governments which have state agencies operating in competitive markets.

Section 29 of the *Competition Act* provides for confidentiality protections for the information that the Competition Bureau has in its possession, and these protections were invariably raised during roundtable sessions. Nearly all participants, supporters and opponents of the Bill, called for a revision of section 29 to correct its existing perceived weaknesses (described below) to address immediate confidentiality concerns and also to amend the section in anticipation of future co-operation agreements. Some referred to a long-standing difference of opinion between the Bureau and the private sector on the proper interpretation of section 29, which has never been fully challenged before the Tribunal or Court. They characterized the Bureau's interpretation as very broad, unlike the private sector's much more restrictive view. Clarification of section 29 is sought by all participants in order to establish what protections should be afforded to information in the possession of the Bureau.

An oft-cited failing of the current section 29 is the lack of a provision for protecting voluntarily-provided information (VPI). It has been the Bureau's policy and practice to treat such information as if it were accorded formal protection under section 29, but the participants were not satisfied that this was sufficient. There was near unanimity for the inclusion of VPI protection in section 29. Many deemed this to be essential before any international co-operation agreement on civil matters should even be considered.

Supporters of the Bill indicated that it may have a limited impact, given that information on certain civil matters would not be communicated regardless of an IAEAA agreement. These participants argued that information provided to the U.S. antitrust authorities pursuant to a Hart-Scott-Rodino filing in a merger matter would not be made available to Canada in any case. Moreover, merger matters are an unusual case in that the parties are typically disposed to co-operate, unlike the adversarial stance more common to criminal matters. In addition, some participants also questioned whether informal information-sharing would continue to exist and whether an IAEAA agreement would add significantly to the information supplied.

Some participants objected to the notion that the Commissioner of Competition should be in the position of evaluating foreign requests for information that raised issues of national interest, and of acting as both enforcer and adjudicator. Several observed that C-471 also failed to prescribe the roles expected of the Minister of Justice or the Minister of Foreign Affairs, who would normally be involved in the signing of international treaties and the adjudication processes called for above.

Alternative Solutions

In terms of this proposal, there were no alternative solutions proposed. Rather, participants suggested a list of qualifications that would make the proposal more acceptable. These qualifications are described below.

Assessment

The Bill in its present form has significant but qualified support from participants. The initiative to enhance international co-operation could move forward, provided that the confidentiality and operational issues described as follows are addressed:

- Provide for a notification procedure whereby information (voluntarily provided or otherwise) may be communicated to foreign authorities.
- Incorporate independent adjudication of disputes between parties and the Bureau concerning the communication of information.
- Provide for remedies for a breach of confidentiality protection.
- Limit the use of communicated information to the purpose identified in the request.
- Prohibit third party disclosure of communicated information.
- Require that a foreign agency treat any information provided in the same manner with which it would be treated in Canada.
- Require complete return or destruction of all communicated information and related work product in all forms.
- Clarify the roles of the Minister of Justice and the Minister of Foreign Affairs.
- The Commissioner's Annual Report should report on the requests made under any co-operation agreement and responses given.
- Address confidentiality concerns by amending section 29 of the current Act to include protection for voluntarily-provided information and clarify the interpretation of "administration or enforcement of this Act".

Private Rights of Access to the Competition Tribunal (Bill C-472)

The Proposal

Bill C-472 would amend the *Competition Act* to permit individuals to refer a matter to the Competition Tribunal on their own behalf, if they choose to do so, under section 75, Refusal to Deal, and section 77, Exclusive Dealing, Tied Selling and Market Restriction.

Under this proposal, there would be no power to award damages, and leave of the Competition Tribunal to apply would be required. The Tribunal would act as gatekeeper and, where warranted, would have the discretion to award costs and to summarily deal with a matter.

The Principle

Sections 75 and 77 deal with conduct that tends to involve essentially private matters between buyers and their suppliers. Under the present provisions, only the Commissioner can refer matters to the Competition Tribunal; individuals cannot apply to the Tribunal for remedial orders on civil matters. If the Commissioner decides not to pursue a complaint, or if, upon conducting an investigation, decides not to refer a matter to the Competition Tribunal (e.g. if its impact on competition is minimal and does not warrant public intervention), the complainant cannot take up the case on his own behalf.

Private rights of access to the Competition Tribunal are intended to complement public enforcement and increase the deterrent effect of the law. Private cases could have the added advantage of building up much needed case law; apart from mergers, there have been only nine cases contested before the Competition Tribunal in the 14 years since it was established. Additional jurisprudence improves the review process over the longer run and gives the business community a clearer understanding of how the law applies.

Overview of Comments Received

Reactions to this proposal were divided. However, there was agreement regarding the need to avoid strategic litigation. One of the key factors contemplated in supporting or opposing the principle of private access seemed to be whether strategic litigation could be prevented.

Expressions of Support

Supporters of private access viewed this proposal as a positive development in competition law enforcement.

Those in support of the proposal in principle believed that individuals should be able to bring their own cases before a court or tribunal. Some believed that it was inevitable that in prioritizing cases, the Bureau would be unable to take every legitimate case before the Competition Tribunal. For example, a

case which was very local in nature or one whose impact on the economy was very small could be given a low priority, and it was argued that private litigants in these cases should be free to pursue their own cases. Some thought that this would also increase government transparency and accountability. Another reason articulated in support of the proposal was that public resources should not be spent in largely private matters which had no significant impact on the economy, even if the case raised legitimate concerns. Private access would be complementary to the current enforcement of the Competition Bureau in that it would permit the Bureau to focus on cases having a large, public impact, while private litigants could take on actions involving a more private than public interest and actions involving a more regional or local issue.

Those in favour of this proposal expressed the view that there were sufficient safeguards in the Bill to prevent strategic litigation. It was argued that, although there may never be complete consensus in principle to this proposal because stakeholders saw themselves as either litigants or defendants, the proposal was nevertheless a valid amendment. It was also one that had been discussed several times over a long period, and it was thought that it was time to move forward. As a result of those discussions, many safeguards to prevent strategic litigation had been identified, and, consequently, a well designed system could incorporate those safeguards to minimize the potential risks associated with private access. If individual parties were required to seek leave, and if the Tribunal were able to award costs and to summarily dispose of cases where warranted (per discussion of Bills C-471 and C-472 in the next section), in their opinion, strategic litigation would effectively be discouraged.

Some participants agreed that the Tribunal should not be able to award damages, since this is key to preventing strategic litigation, although others wanted to see the proposal expanded to single damages, and others wanted to see the ability to commence class actions.

Another view was that the proposal should not be limited to sections 75 and 77 but rather, that it should be expanded to include other reviewable matters, especially section 79, Abuse of Dominant Position. As well, sections 77 and 79 are often argued in the alternative by the Competition Bureau when proceeding with a case under either section, and it was suggested that private litigants should also be free to proceed under either section.

Some participants thought that private access could result in an improved Competition Tribunal process. If private access were to succeed, it was thought that the Tribunal process had to improve, and that private litigants might help in increasing the speed and efficiency of the Tribunal, thus lowering costs. The Tribunal, in turn, would be used to its full potential, and this, it was argued, would be helpful in building valuable jurisprudence.

Concerns

The principal concern expressed with regards to this proposal was that individuals or corporations would use the provision as a strategic weapon through litigation. One view was that there could never be sufficient safeguards to prevent strategic litigation, and that the mere right to bring a private action would be used to harass competitors. Others were concerned that the effects of a private right of access were unpredictable, and that the proposal could chill business activity in Canada.

Some participants argued that the need for private access had not been shown. The thought was that the Competition Bureau should only bring cases if they had merit. It was argued that until now, the Commissioner of Competition has served as an effective gatekeeper to prevent unmeritorious cases from coming forward; to open up access would only create uncertainty.

According to some, the right to private access was illusory because the cost of bringing an action was so high that SMEs would not be able to afford it. It was argued that, even with the safeguards to prevent strategic litigation, there would still be a cost to business. For example, whether a frivolous case is actually pursued or not, the legal costs can still be substantial for a potential defendant.

Others questioned why private cases involving largely private concerns should be dealt with under the *Competition Act*. Some opponents also suggested that there are already common law alternatives available, such as those in tort and contract law, which would address these concerns. There was also the proposition that section 75 be repealed; it was argued that this section protects private interests rather than competition.

Alternative Solutions

Alternatives can be broadly categorized into two broad groups. Firstly, if this proposal were to move forward, there were suggestions for improvement. Secondly, if this proposal did not move forward, there were alternative methods suggested which would better deal with the underlying concerns that private access was meant to address.

One suggestion for improving the current proposal was to include a competitive effects test in section 75. Some participants argued that this test should be included in the current section 75, whether private access were to move forward or not, and it was argued that the Competition Bureau already screens out cases based on this factor. In addition, should the proposal to grant a private right of access move forward, it was thought that adding a competitive effects test was necessary to prevent strategic litigation.

Further suggestions to protect against strategic litigation included the addition of criteria for the granting of leave. This criteria, perhaps to be included in the Tribunal Rules or the legislation, would increase certainty, which in turn should dissuade individuals from commencing unmeritorious cases. Another suggestion was that the Commissioner should play a more active role in the proposal because the

Commissioner is effective in screening out unmeritorious cases under the current sections 75 and 77. It was argued that the Commissioner should, where appropriate, be able to take carriage of a private action, and that there should be a mandatory pre-filing system whereby private litigants would notify the Commissioner of an action.

In the view of some opponents, an increase in the resources available to the Competition Bureau would negate the need for private access. It was argued that this should enable the Bureau to bring more legitimate cases forward, and this, in turn, would accomplish the underlying objectives of the private access proposal without attracting any of the associated negative implications. Strategic litigation would no longer be a concern. However, others argued that resources, or the lack thereof, should not be the sole reason for amending legislation or introducing such a right.

Another suggested alternative to the current proposal was to expand the current section 36 of the *Competition Act* to permit private actions on civil matters. The argument was that current case law and procedural rules already exist for section 36, which could be more properly applied to private matters referred to the Tribunal.

Assessment

There were divided views as to whether this proposal should move forward. Some participants supported the proposal, while others wanted to expand it to cover section 79 and to include damages and class actions. Still others opposed it altogether, with some even suggesting that section 75 be repealed because it involved largely private matters between buyers and their suppliers. Yet others offered support on the condition that they could be assured that the proposal would effectively prevent strategic litigation. Several suggestions were made to improve the Bill to prevent strategic litigation, namely the addition of a competitive effects test in section 75 and the establishment of criteria for granting leave. Consensus might be possible if such amendments were made to the Bill.

References (Bill C-471); Cost Awards and Summary Dispositions (Bill C-472)

The Proposal

Bill C-471 would amend the *Competition Tribunal Act* to allow the use of references for all reviewable matters, including civil deceptive marketing practices, before the Competition Tribunal. Cases before the Tribunal require substantial preparation and resources for parties on both sides. The outcome may depend on a single issue, such as the definition of the market in question, that might have been anticipated as pivotal to the case. An early ruling on such an issue through the use of a reference, before deciding on whether to proceed with a case, could save all parties considerable time and expense. Such a procedure would enable parties to refer a question of law, fact or mixed law and fact.

Bill C-472 would amend the *Competition Tribunal Act* to provide the Tribunal with the power to award costs and to summarily dispose of a matter on the application of a party. Unlike most courts, the Tribunal does not currently have the authority to award costs. Bill C-472 would grant the Tribunal discretion to award costs against any party, including the Crown or intervenors, in all proceedings, including mergers. This would deter parties from commencing frivolous actions and from engaging in dilatory procedures.

Summary dispositions would also provide a means to bring an appropriate case to a speedier resolution. A judicial member would be able to summarily dispose of the application if there appears to be no merit to the case or no genuine defence.

Overview of Comments Received

Participants broadly supported these proposals. They were seen as significant improvements to the Competition Tribunal process.

Expressions of Support

It was thought that references could expedite Tribunal proceedings, improve Tribunal efficiency, address the lack of jurisprudence, save costs and time, and therefore be of general benefit to all parties.

Cost awards and summary dispositions were thought to be particularly important if the proposal concerning private access were to move forward, since these proposals would help safeguard against strategic or frivolous litigation and would speed up the process.

Concerns

A concern that emerged during the consultation was that references should only be brought with respect to specific cases and should not be brought outside the scope of litigation. It was noted that the French term "*jugement*", as compared to the English term "application" contained in section 124.2 of Bill C-471, also made it unclear as to whether references would be case-specific. Also, some participants wanted the Bill to indicate that the Commissioner could not take a reference before the Tribunal mid-way through a hearing.

Regarding cost awards, there was a concern that costs could be awarded against a party when defending an action brought by the Commissioner of Competition. It was reasoned that, as with all criminal prosecutions, accused individuals should be free to defend themselves without the fear of having costs assessed against them. Another concern was that intervenors could be awarded costs which would indirectly fund their cause. Likewise, the Competition Bureau, some argued, should not be subjected to cost awards; alternatively, summary dispositions could be effectively used in those situations to bring cases to a quick close, where warranted.

Regarding summary dispositions, there was a concern that the procedure could be problematic in large, complex cases, and may not prove to be beneficial. Similarly, although supporting the principle, some thought that summary judgements could in practice be difficult to obtain, and therefore, would be of limited value.

Alternative Solutions

It was suggested that section 124.1 of the proposal, which deals with references to the Tribunal by the parties, should apply to all mergers or proposed mergers, and not just to notifiable transactions. Another suggestion was that other parties, in addition to the Commissioner, should be able to bring references; therefore, the proposal should clarify that section 124.2, which deals with references by the Commissioner, should be expanded to allow both parties to bring a reference to the Tribunal. Also, it was suggested that third parties with an interest in the hearing be allowed to intervene.

Regarding cost awards, there was a suggestion made that the Tribunal should be given the power to order the posting of security of costs. Another suggestion was to add criteria or a schedule of amounts to the law or Tribunal Rules. It was argued that this would provide clarity and certainty as to how the Tribunal would apply the provision.

With respect to summary dispositions, an alternative proposed was to include lay members in decision-making, rather than restricting the process to a judicial member.

Assessment

These proposals were unopposed since the amendments were viewed as improvements to the Tribunal process. Indeed, cost awards and summary dispositions are viewed as particularly important if the proposal for private access is to go forward, since these procedures are essential in discouraging strategic litigation. Beyond a broad acceptance in-principle, there were several alternatives suggested for improvement.

Cease and Desist Powers (Bill C-472)

The Proposal

Bill C-472 would amend the *Competition Act* to enable the Commissioner of Competition to issue a temporary order either prohibiting a person from undertaking an activity that could, in the opinion of the Commissioner, constitute an anti-competitive act or else requiring the person to take the steps that the Commissioner considers necessary to prevent injury to competition or harm to another person.

Under such a framework, the Commissioner could only issue a temporary order if he or she has commenced an inquiry under section 10(1) in regard to whether that person has engaged in an abuse of

dominant position and the Commissioner considers that without the order, injury to competition is likely to occur, or a person is likely to be eliminated as a competitor, suffer a significant loss of market share or revenue, or suffer other harm that cannot be adequately remedied by the Tribunal.

A temporary order would have effect for an initial period of 20 days. The Commissioner could extend the order for two further periods of 30 days each.

The Principle

Currently, the Commissioner can apply to the Tribunal for an interim order in respect of a proposed merger under section 100 of the *Competition Act* if the matter is the subject of an inquiry commenced under section 10(1)(b). The Commissioner can also seek an interim order from the Tribunal under section 104, but only after the Commissioner has applied for an order under Part VIII (matters reviewable by the Tribunal). The Tribunal can then issue final remedial orders following a full review of the alleged conduct.

In cases where abuse of dominance is concerned, the victims of the anti-competitive conduct may well have gone out of business before the issue is resolved. The proposal being discussed is based on the principle that swift and immediate enforcement action to stop alleged anti-competitive conduct is essential in order to ensure that irreparable harm to competition has not occurred, instead of having to wait until a case is reviewed and orders made by the Tribunal. Such powers recently came into force to allow the Commissioner to deal with abuse of dominance in Canada's airline industry.

Overview of Comments Received

Supporters of the proposal generally came from the small to medium-sized business sector who were frustrated with the slowness of current enforcement procedures and who were more concerned with the ability to protect businesses through swift action rather than adherence to legal process. Opponents of the proposal were for the most part representatives of large businesses who were generally less concerned with the aggressive market behaviour commonly complained of in abuse cases, and lawyers, who felt that due process should not be displaced in order to attain economic policy objectives.

Expressions of Support

Those who supported the proposal felt that there was a need to increase the effectiveness of the Bureau, particularly in situations in which time is a factor. Empowering the Commissioner to act swiftly in abuse of dominance inquiries would have a twofold effect. First, competition or a competitor would not be irreparably harmed before a full investigation could be completed, and second, the perpetrator of the alleged abuse would not be in a position to unjustly profit from the behaviour during the potentially long period of investigation by the Competition Bureau.

Current enforcement methods under the *Competition Act* provided through mainstream litigation are considered inadequate in that they tend to be too slow to address such situations. This delay often weighs heavily in favour of those businesses that are financially well resourced, such as large corporations. One appeal of the current proposal is that it would likely assist small businesses that are frequently the target of alleged abuse of dominance. It would require the respondent to the cease and desist order to stop its actions, while possibly saving the target from going bankrupt before the matter is resolved.

The general sense among supporters was that the cease and desist power should only be used in exceptional circumstances. It was argued, however, that the mere threat or occasional use of the this power might serve a useful purpose in that it would establish some parameters of acceptable behaviour that would provide guidance for firms in their commercial relations.

While it was generally acknowledged that vesting such a power in a public official is unusual, some supporters of the proposal regarded this as necessary measure to achieve the aforementioned policy objectives.

Concerns

A common and seriously held concern that many participants raised throughout the consultation process was that the proposal is fundamentally flawed in that it would empower one person to act as both investigator and adjudicator of complaints. This was viewed as an unwarranted interference with due process, as well as inconsistent with the fundamental rules of justice by not ensuring, among other things, the impartiality of the decision-maker. The combination of these functions, it was argued, make the provision constitutionally unsound and some participants warned that it would most likely be subject to legal challenge at first opportunity. At the very least, the enactment and use of such power could lead to protracted litigation.

Another concern was that the power in its present proposed structure could lead to some form of politicization. For example, it was suggested that such a power could be used to persuade a business to act in a particular manner under the threat that if it did not comply, an order could be issued against that business. This could be without regard to whether or not the business was violating the law. Judicial oversight, the natural safeguard against such potential abuse, would not be present.

Many participants appeared concerned regarding the possibility of a situation in which an order was issued by the Commissioner against a party and the conduct in question was subsequently found by the Tribunal to be a legitimate business activity. Under this proposal, the Commissioner would not be responsible for any damage caused to the business throughout the period of the temporary order. This scenario highlighted the importance in the eyes of some participants of the need for the Commissioner to convince a third party, namely a judicial authority, of the merits of a case before action was taken against a party.

Some participants felt that there had not been any demonstrated need for a temporary order power. Even if there had been situations in the past in which use of the power was necessary, there was no justification for structuring the power in the way proposed. It was argued that businesses that were the victims of alleged abuse of dominance behaviour did not go bankrupt overnight but rather, that their demise occurred over a longer period. The power being proposed was akin to an emergency power but participants could think of no situation that warranted such emergency type power. On this basis, the proposal was considered by some to be excessive and unnecessary.

A number of other technical and procedural deficiencies with the proposal were identified. For instance, some participants were of the view that the temporary order should not be *ex parte*, and that the respondent should instead be given the opportunity to make submissions, preferably to a third party adjudicator. The absence of a right to be heard left no option for the respondent but to appeal an order. This would reverse the onus of proof in that the respondent must convince the Tribunal that the order should not apply. In addition, some felt that 80 days was viewed as too long a period for an interim order to be in place, particularly in circumstances where it had not been shown that the respondent was engaged in any wrongdoing.

Some participants took the view that not enough attention had been given to the issue of balancing the desire to act quickly to protect the target against the rights of the respondent to conduct its business. Some felt that because a temporary order would affect the interests of both the target and respondent, the test for issuing an order had to be correctly set in order to balance these competing interests. For example, under the current proposal, the Commissioner would be able to issue an order in which, *inter alia*, he believes a person's action "could ... constitute an anti-competitive act..." It was suggested that this threshold was too low. The overriding point being made by some participants in this respect was that there had not been enough opportunity to properly consider this and the others issues raised above.

Overall, a number of problems were noted with the proposal, both in relation to how the power was structured and in respect of the actual wording of the Bill.

Alternative Solutions

A number of participants agreed that there was indeed a need for an interim order power, but that this power should reside in a third party adjudicator such as the Competition Tribunal or the courts, rather than being vested in one person. It was pointed out that there were already interim order procedures in the *Competition Act*, namely under sections 100 and 104, and that in addition, the courts could exercise injunctive relief powers. The courts were therefore experienced in hearing *ex parte* applications at short notice to deal with matters of urgency.

In relation to the courts, for example, it was proposed that the courts be able to exercise powers in relation to an interim order based on the usual criteria for granting injunctions, i.e., irreparable harm, *prima facie* case and a balance of convenience.

Alternatively, it was suggested that the *Competition Act* be amended to tailor a suitable provision for dealing with abuse of dominance cases using the current interim order provisions. One proposal was to remove the requirement for an application to be filed under section 104 before the Commissioner could apply to the Tribunal for an order, thus allowing for an order to be made at the stage of an inquiry.

The general conclusion of participants was that there already exist viable alternatives to the Commissioner of Competition being provided with the power to issue a cease and desist order, and that these would achieve the same policy objectives as those under the current proposal.

Assessment

The Bill as tabled was largely opposed, mainly due to the manner in which the power to issue a cease and desist order was structured. There was general support, however, for the principle of an interim relief power in respect of abuse of dominance, though not in the form proposed.

If there were to be a temporary order power, there exists a number of practical alternative procedures that could be explored, such as section 104 of the Act. Above all, it was generally agreed that the power to issue such orders should either remain within the court system or be vested in the Competition Tribunal, exercisable by the judicial authority.

Facilitating Strategic Alliances and Improving the Investment Climate (Bill C-472)

The Proposal

Bill C-472 would amend the conspiracy provision (section 45) to make it more effective against the most harmful types of agreements while, at the same time, ensuring that pro-competitive strategic alliances are not discouraged. The most harmful types of agreements would continue to be treated as criminal offences, while other agreements would be dealt with under a new civil reviewable provision (the dual-track approach).

Under an amended section 45, agreements to fix prices, share markets, boycott competitors or limit output would be presumed to be harmful unless they were ancillary to, and reasonably necessary for, a legitimate strategic alliance (the "ancillary restraints exception"), or unless they involved parties who, together, constituted less than 25% of the market (the "safe harbour"). Under the proposed civil provision, other types of potentially anti-competitive agreements could be reviewed by the Competition Tribunal to determine whether or not they prevented or "substantially" lessened competition. Bill C-472 also proposes a mechanism by which businesses could apply to the Commissioner of Competition for a clearance certificate which, if approved, would enable them to proceed with a prospective agreement without risk of potential prosecution before the courts or proceedings before the Competition Tribunal.

The Principle

The current *Competition Act*'s criminal conspiracy provision (section 45) prohibits agreements which prevent or unduly lessen competition. Under this "undueness" test, agreements are assessed solely on the basis of the extent to which they lessen competition.

It has been advanced by some that the undueness standard creates uncertainty by not clearly defining the types of conduct which are prohibited, or the point at which a lessening of competition "crosses the line". Concerns have been expressed that this uncertainty might be having a chilling effect on potentially beneficial strategic alliances among competitors. The undueness test has also been criticized as being too difficult to enforce, and for not including considerations other than the lessening of competition.

The main principle behind Bill C-472 was that only the most harmful types of agreements would be subject to criminal sanctions, and that other agreements (such as strategic alliances) would be assessed on the basis of a civil standard. By more clearly defining the categories of agreements that would be considered to constitute criminal behaviour, and by removing the undueness test, the Act would be made more effective against hard-core cartel activity, and create more certainty for businesses. Most strategic alliances, excepting camouflages for cartel activity, would not be subject to the proposed section 45, either because they would not constitute one of the specific types of behaviour described under that section, or because they would fall within one of the proposal's exceptions. Where there was a legitimate question about whether or not a particular strategic alliance would adversely affect competition, the alliance would be assessed for its competitive affects under the proposed civil reviewable regime rather than under section 45. Thus, strategic alliances would still benefit from a competitive effects test, but such a test would be a civil "substantial lessening of competition" standard, similar to the abuse-of-dominance and mergers provisions. In combination with these other measures, the clearance certificate process would provide a further measure of certainty to remove any chilling effect on strategic alliances.

Overview of Comments Received

There was general agreement that the existing conspiracy provisions need to be modernized. However, because section 45 is one of the cornerstones of the *Competition Act*, and because of the complexity of the issues, participants felt that more discussion was needed.

There was substantial support for having a dual-track approach for competitor agreements. Participants have also clearly stated that it is very important that benign or potentially pro-competitive agreements not be prohibited. This was the primary concern among those who opposed Bill C-472.

Participants were more or less evenly divided in their support for, or opposition to, the particular proposal presented in Bill C-472. While a minority has expressed unqualified support for the proposal, those advocating no change to the existing provision were also in the minority.

Expressions of Support

Dual-track Approach

Although participants noted concerns about particular aspects of the proposal, there was nevertheless considerable support for the general principle that criminal sanctions should be limited to the most harmful behaviours, and that other types of agreements should be subject to review under a civil standard. Many agreed with the proposal whereby the competitive effects of strategic alliances would be assessed under a civil regime rather than under the present criminal undueness test.

Substantial support was also expressed for the principle that the Act must be effective and vigorously enforced against harmful agreements, as long as there were sufficient safeguards to ensure that beneficial strategic alliances are not discouraged.

Harmonization

A number of participants were of the view that there exists a need to harmonize the conspiracy provisions with those of the U.S., Europe and other major trading partners, because companies increasingly operate in a global marketplace. They viewed this proposal as moving toward harmonization with foreign competition laws which generally do not have a competitive effects test for hard-core cartel activity.

Clearance Certificates

Views were mixed about whether or not there should be a clearance certificate process, but a number of participants felt that businesses would benefit by knowing in advance that their agreement would not be challenged.

Expressions of Concern

Overreach

Many participants expressed concern that the proposed wording of section 45 in Bill C-472 could inadvertently capture beneficial pro-competitive strategic alliances and cause a greater chilling effect than that which might exist under the present provision, hence the "overreach." In particular, although participants appeared to generally accept that the particular categories of behaviour proscribed in the proposed subsection 45(1) were harmful, several participants felt that the wording needs to be made more precise. Others felt that the breadth of subsection 45(1) was not a problem because the provision would be qualified by the various defences and exceptions which would limit the potential for overreach. A common view was that the proposed ancillary restraints exception (paragraph 45(7)(d)) is unclear; for example, it appears to require that there be two separate agreements before the exception be made available.

Opinions were mixed on the question of whether or not the undueness test should be retained. Some felt that there should be no change to section 45, while others favoured a more focused approach such as the proposed subsection 45(1) *combined with* the retention of an undueness test. In contrast, some believed that the undueness standard is too onerous and has resulted in meritorious cases being lost or not brought forward.

Participants were very divided in their opinions about the proposed 25% safe harbour (paragraph 45(7)(e)). Some saw this exception as a desirable way of ensuring that section 45 not capture agreements which are unlikely to have an appreciable effect on the market. Of those who held this view, a few suggested that a 35% threshold might be more appropriate. On the other side of the debate, some participants felt that a safe-harbour threshold is unnecessary and would create the same uncertainties as the existing undueness standard in relation to defining the relevant product and geographic markets.

Existing Defences

Considerable debate surrounded the question of whether or not the defences found in subsections 45(3) and 45(5), currently in the Act, ought to be retained. Some were of the view that these defences were important in preventing overreach. Others thought that the defences in the current subsection 45(3) might no longer be necessary once subsection 45(1) is limited to specific types of conduct, especially since the current subsection 45(4) already denies the defences for many of the types of agreements that would be prohibited under the proposed subsection 45(1).

Some participants felt that the export defence currently in 45(5) should removed because it does not make sense that cartels should be treated differently based on whether or not they were targeted at the Canadian market. Another justification cited for removing this defence was that it was not of much use in any event, since it did not protect the parties from foreign competition laws, and since, in a global marketplace, it would be unlikely that a cartel would not also affect the domestic market.

Efficiencies and other Pro-competitive Effects

A number of participants raised the question of whether efficiencies or other benefits of an agreement would be relevant under the new civil provision. It was pointed out that the mergers provision has an efficiencies defence (section 96), and that the abuse-of-dominance provision has a "superior competitive performance" consideration (subsection 79(4)). Many felt that it was important that the Tribunal be entitled to look at an agreement's effects on efficiencies and innovation, especially since these are generally the primary reasons for the creation of strategic alliances. Some participants felt that pro-competitive effects were already implicitly included in the substantial lessening of competition test of the proposed civil provision; however, these participants were not opposed to a more explicit reference.

Clearance Certificates

Concerns were expressed that the clearance certificate process might be slow, cumbersome and costly. There were also suggestions that the Bureau might be too cautious about issuing certificates. Some noted that vesting the power to issue exemptions in the Commissioner would be inappropriate, when only the Attorney General can grant immunity from prosecution. There exists a sense that the process would not be transparent, and that there would be no opportunity for participation by third parties who might be adversely affected by an agreement. Some participants also noted that a clearance certificate did not appear to provide any protection from civil actions under section 36 of the Act.

Many participants expressed the view that the proposed maximum three-year duration of a certificate is too short, given that many strategic alliances exceed that limit. A number of alternatives were suggested, including longer time periods, a procedure for renewal, or a provision that a certificate would remain valid for so long as conditions for emitting the certificate do not materially change. By contrast, in relation to this latter suggestion, some participants felt that the duration of clearance certificates should not be open-ended.

A suggestion was advanced that parties should be permitted to apply for a clearance certificate in respect of existing agreements that would be made illegal if the amendments came into effect (i.e. a "grandfathering" provision).

Alternative Suggestions

A number of participants suggested that the potential for overreach could be offset if the proposed section 45 were to focus on the object of an agreement rather than on its effects. Under this approach, section 45 would not apply where it could not be shown that the parties intended that their agreement have the effects described in the proposed subsection 45(1). Inadvertent consequences of strategic alliances would, therefore, not be unlawful.

As an alternative to the proposed 25% safe-harbour provision, it was suggested that such a threshold could be part of the Bureau's enforcement guidelines rather than in the statute itself.

Assessment

Participants in this consultation process expressed a desire to modernize the *Competition Act*'s provisions in relation to competitor agreements. However, because these provisions are central to the Act and because of the complexity of the issues involved, participants felt that overall, more discussion, analysis and consultation are required on the conspiracy provisions of the Act before attempts are made to amend these provisions in the legislation.

On the one hand, while participants generally favoured a narrowing of the scope of activity covered by section 45, and appeared open to considering alternatives to the present undueness test, there was also an uneasiness about moving to a strict *per se* criminal provision. On the other hand, the two-track

approach suggested in Bill C-472 appeared attractive to the majority of participants, despite their apprehensions about particular aspects of the proposal.

SUMMARY OF DISCUSSIONS ON THE SEVEN PRINCIPLES

The purpose of the consultation process was to determine the level of support for the various amendment initiatives brought forward with respect to the *Competition Act* through Private Member's Bills C-402, C-438, C-471 and C-472. This report has described the feedback obtained through written submissions to the Public Policy Forum and the responses to the Bills received at the roundtable sessions. The following is a brief summary of the level and nature of support for each Bill.

Illustrating Abuse of Dominance in Retail Markets (Bill C-402)
Given the divergent views expressed on the proposal to amend the *Competition Act* to add examples of anti-competitive behaviours specific to the retail industry to the non-exhaustive list of anti-competitive acts in section 78, it is unlikely that a consensus can be reached even if alternative wording is provided.

Informing Consumers (Bill C-438)
A large degree of support was expressed by the participants to the consultation process with respect to the proposal to amend the *Competition Act* to prohibit the sending of deceptive contests by mail or any other system of delivery as long as the proposed amendment encompasses the Internet more specifically as concerns electronic mail.

Facilitating Co-operation Between Competitive Authorities (Bill C-471)
The proposal to provide a legislative basis whereby Canada could enter into agreements with other jurisdictions to enhance international mutual co-operation in the enforcement of non-criminal competition law has received significant but qualified support from participants. The initiative to enhance international co-operation could move forward provided that a number of confidentiality and operational issues are addressed.

Private Rights of Access to the Competition Tribunal (Bill C-472)
The proposal to permit individuals to have access, on their own behalf, to the Competition Tribunal for refusal to deal (section 75) and exclusive dealing, tied selling and market restrictions (section 77) evoked divided views. Consensus on this proposal could be achieved on the condition that strategic litigation could be prevented.

References (Bill C-471); Cost Awards and Summary Dispositions (Bill C-472)
The proposed amendments to broaden the powers of the Competition Tribunal to include cost awards, summary dispositions and the use of references to allow some key issues to be referred to the Tribunal for an early decision was broadly accepted in principle, since they were viewed as improvements to the Tribunal process. Several other alternatives for improvement were also suggested.

Cease and Desist Powers (Bill C-472)

The proposal to introduce cease and desist powers to allow the Commissioner of Competition to deal with abuse of dominance was largely opposed. However, there was general support for an interim relief power to be exercised by a judicial authority in respect of abuse of dominance, and a number of practical alternative procedures that could be explored were suggested.

Facilitating Strategic Alliances and Improving the Investment Climate (Bill C-472)

A desire for modernization of the *Competition Act*'s provisions in relation to the conspiracy provisions (section 45) was expressed. The two-track approach suggested in Bill C-472 was attractive to the majority of participants, in spite of their apprehension about particular aspects of the proposal. However, because these provisions are key to the Act, and because of the complexity of the issues involved, participants felt that more discussion, analysis and consultation are needed on the proposal to amend the conspiracy provisions of the Act.

COMMENTS OUTSIDE THE SCOPE OF THE SEVEN PRINCIPLES

A number of participants commented on areas of concern outside the scope of the seven principles underlying the proposed legislative amendments. These concerns may be addressed in the future as the review of competition policy continues. The following is a reflection of comments received both in the written submissions and during the roundtable discussions.

a) The Consultation Process

The consultation process undertaken by the Public Policy Forum on behalf of the Competition Bureau was the subject of some debate among the intervenors, both in the written comments and during the course of discussions at the roundtables. On the one hand, some of these comments were quite supportive of the process. In particular, organizations and individuals who had not been included in previous consultation processes were quite pleased with the form that our process took. On the other hand, some of the representatives of organizations which habitually participate in the more traditional consultation processes expressed strong concerns about the process. These concerns fell into two categories: 1) the speed of the process, and 2) the basis for the consultation.

In terms of the speed of the process, many of the participants who had been involved in previous amendment processes were surprised – even dismayed – by the fact that the consultation was intended to be completed in only six months. Many felt that they were not being given adequate time to reflect on the proposed changes and to consult with their colleagues (and members or clients in the case of business associations or consulting companies) on the potential impacts of the proposed amendments.

A related concern was the fact that the discussions were being held to discuss draft legislation proposed by Members of Parliament. Some participants may have felt that the draft legislation intimated that the federal government had already established the directions to be pursued in terms of amendments even before the consultations began. Others expressed the concern that the draft legislation had been prepared without adequate consultation with concerned stakeholders. They felt that a more extensive White Paper should have been prepared by the federal government on its intentions vis-à-vis proposed amendments, followed by an in-depth consultation which would allow the stakeholders to express their viewpoints on the proposals. This consultation would then result in draft legislation which would also form the basis of further consultation. These concerns were not allayed by the fact that the Standing Committee on Industry had previously undertaken extensive consultations on the proposed amendments, at which some of the same participants had testified, or that some of the proposals (namely private access and international co-operation) had been the topic of consultations with the stakeholders over the past several years. Finally, some participants expressed the view that the federal government had not made a case proving the necessity for most of the proposed changes.

That being said, it is the view of the Public Policy Forum that this consultation process was successful, for two reasons:

1) the consultations allowed who have not previously had an opportunity to participate in the development of competition legislation stakeholders – generally from the small and medium business sector – to express their concerns about how competition legislation affects them and on the improvements they believe are needed. This was due not only to the fact that invitations were extended to them, but also that the consultations were held across Canada, which made their participation more economically feasible;

2) for the first time, the consultation process allowed stakeholders holding different points of view to address one another at the same table. As per our mandate as a neutral and trusted facilitator, the Public Policy Forum firmly believes that this form of dialogue allows for the most insightful and beneficial results.

Allowing more time for the intervenors to study the complexities of the proposed legislation would probably have been beneficial, if only to reassure them that every effort was being made to take their viewpoints into consideration.

b) The Workings of the Competition Bureau

Some concerns were raised expressing dissatisfaction with the way the Competition Bureau carries out its mandate. Some of these have been alluded to in the previous discussions on legislative amendments. Some of these concerns and others are described below.

i) Resourcing the Competition Bureau

Quite a number of the participants expressed the view that the Competition Bureau does not possess the resources needed to carry out its mandate in a thoroughly satisfactory manner. Although most of the participants expressed full confidence in the competence of the Competition Bureau staff, several expressed concerns on different levels. It was suggested, for example, that a lack of resources could compromise the independence of the Bureau in its work. Quite a few participants stated that a lack of resources causes the Competition Bureau to set priorities in a way that forces it to refuse to take on meritorious cases. Indeed, one of the reasons given for not supporting some of the proposed amendments is that these would only add to the Bureau's workload, thereby making the situation worse.

ii) Competition Bureau Staff and Activities

Various other issues were raised concerning the Competition Bureau.

- One respondent commented that "the economic analysis of cases does not rank as highly as it should among the factors that contribute to Bureau decisions." This was attributed at least in part to the predominance at senior levels in the Bureau of lawyers rather than economists.

- It was suggested that the Department of Justice and the Commissioner of Competition desist from the use of outside lawyers and any other actions that allow even the appearance of conflict of interest or bias.

- An intervenor complained that since the Bureau was not obliged to provide reasons for its decisions on cases, the Bureau could not be held publicly accountable for its "wide and rather erratic latitude in exercising discretion."

c) Other Issues

Various other issues concerning competition legislation in general were raised, mainly in written submissions.

- A telecommunications company noted that the relative jurisdictions of the Competition Tribunal and specialized industry regulators are defined by informal inter-agency working arrangements and "a judge-made doctrine called the defense of regulated conduct." A look at Australia's telecommunications laws, which leave "competition oversight to the competition authority," was recommended.

- It was suggested that fines imposed on companies found to have contravened the *Competition Act* should exceed (significantly) any profits from unlawful activity. The $10 million limit on the level of fines should be removed in order to send a strong signal to business that anti-competitive agreements among competitors will not be tolerated.

- A government agency argued that certain health products sold over the Internet should be subject to regulation.

CONCLUSION

The Public Policy Forum was very pleased to undertake this national consultation on competition legislation. The issues debated are of concern to all players in the Canadian economy, from the largest enterprise to the small business owner to the individual consumer.

The preceding was a summary of the viewpoints expressed on the proposed amendments to competition legislation by representatives from all these sectors as well as other interested parties such as governments and academics.

Interested readers will find more detailed comments on the proposed amendments, as well as on other issues concerning competition policy, in the appendices which follow, and in particular, in the summaries of each of the roundtable discussions.

This report, the background documents prepared by the Competition Bureau and the Public Policy Forum, the roundtable reports, and the written submissions can also be found on the Public Policy Forum Website at www.ppforum.com.

Public Policy Forum
Forum des politiques publiques

MODIFICATIONS DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE ET DE LA LOI SUR LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE : UN RAPPORT SUR LES CONSULTATIONS

Rapport final
présenté au Commissaire de la concurrence

Ottawa
Le 20 décembre 2000

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

Contexte 1

Méthodologie 2

OBSERVATIONS GÉNÉRALES 6

COMMENTAIRES SUR LES PRINCIPES QUI SOUS-TENDENT LES MODIFICATIONS PROPOSÉES 10

Illustrer les abus de position dominante dans les marchés de détail (Projet de loi C-402) 10

Informer les consommateurs (Projet de loi C-438) 13

Faciliter la coopération entre les autorités en matière de concurrence (Projet de loi C-471) 14

Droits privés d'accès au Tribunal de la concurrence (Projet de loi C-472) 18

Renvois (Projet C-471); adjudications des dépens et jugements sommaires (Projet C-472) 22

Pouvoirs de rendre une ordonnance de ne pas faire (Projet de loi C-472) 24

Faciliter des alliances stratégiques et améliorer le climat d'investissement (Projet de loi C-472 28

SOMMAIRE DES DISCUSSIONS SUR LES SEPT PRINCIPES 33

COMMENTAIRES EN MARGE DE L'EXAMEN DES SEPT PRINCIPES 35

CONCLUSION 38

MODIFICATIONS DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE ET DE LA LOI SUR LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE : UN RAPPORT SUR LES CONSULTATIONS

INTRODUCTION

Contexte

La mondialisation de l'économie et les changements technologiques rapides ont été la cause, ces toutes dernières années, d'appels en faveur de modifications législatives en réponse aux effets de ces tendances sur les marchés publics, sur la structure de marché et sur les activités d'entreprises.

La *Loi sur la concurrence* a fait l'objet de plusieurs révisions depuis sa création en 1889. Chacune de ces révisions a été faite à la suite de changements de direction en matière de développement économique au Canada. À chaque étape, la création de nouvelles industries et la transformation des vieilles industries ont exigé des modifications à la politique sur la concurrence afin d'assurer des avantages économiques continus aux entreprises et aux consommateurs.

Aujourd'hui, l'économie du savoir est la source de l'innovation. Non seulement a-t-elle entraîné une série ininterrompue de changements organisationnels et institutionnels dans les secteurs de l'industriel et des économies domestiques, mais elle a aussi créé un monde presque sans frontières dans lequel les entreprises commerciales internationalisent leurs activités de plus en plus. Or, même si les industries se transforment radicalement, leurs objectifs ne changent pas, c'est-à-dire qu'elles profitent des innovations pour augmenter leur productivité et leurs gains économiques.

Compte tenu de cette nouvelle réalité pour les entreprises, le gouvernement doit réexaminer sa législation sur la concurrence pour établir encore une fois s'il y a lieu d'y apporter des ajustements. Conformément à sa politique de renouvellement législatif continu, le Bureau a examiné le genre de changements qu'il faudrait apporter lors des prochaines modifications en réponse aux défis d'une économie en évolution. Par ailleurs, le nouvel intérêt du public au sujet de la concurrence et de l'efficacité de la *Loi sur la concurrence* a créé une pression en faveur d'autres modifications plus immédiates. En particulier, on vient de déposer quatre projets de lois privés à la Chambre des communes portant sur diverses questions reliées à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Ces projets de loi portent sur certaines modifications compatibles avec celles préconisées par le Bureau de la concurrence au cours des dernières années et que ce dernier compte proposer lors de sa prochaine série de consultations. Le Bureau appuie donc les principes des projets de loi privés. La *Loi sur la concurrence* est complexe, mais ces propositions n'ont pas encore fait l'objet de discussions publiques en profondeur ou de consultations officielles.

L'ancien ministre de l'Industrie envisageait de présenter un projet de loi gouvernemental et désirait consulter les Canadiens sur les modifications proposées dans les quatre projets de loi. Par conséquent, à la demande du ministre de l'Industrie, le Commissaire de la concurrence a mandaté le Forum des politiques publiques, le 17 avril 2000, à tenir des consultations sur les modifications législatives contenues dans ces projets de loi afin de recueillir les commentaires des intervenants.

Ce processus est maintenant terminé et le présent rapport comprend une analyse et les résultats des commentaires des nombreux organismes et personnes ayant participé au processus.

Méthodologie

Le processus de consultation en vue de recueillir des commentaires et de faire rapport sur les modifications proposées à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* a été créé à la demande du Bureau de la concurrence. Le Forum des politiques publiques a reçu le mandat spécifique de consulter les Canadiens et les Canadiennes sur les modifications possibles à cette législation proposées dans les quatre projets de loi privés déposés récemment.

1. Lignes directrices pour le processus de consultation

Au cours du processus de consultation, nous nous sommes efforcés d'assurer un maximum de transparence. Pour atteindre cet objectif, nous avons établi et suivi les lignes directrices suivantes.

1) Le Forum des politiques publiques a créé et a maintenu un site Web pour les intéressés aux fins de consultation des documents pertinents y compris des documents contextuels, des mémoires et des rapports des tables rondes. (Détails dans la section Étapes et échéances ci-dessous.)

2) La consultation a débuté non pas sur les quatre projets de loi privés en tant que tel, mais plutôt sur les principes qui sous-tendent la législation proposée. Comme tels, les projets de loi ont servi d'exemples de la législation qui peut s'articuler autour de ces principes. Même s'il n'y a eu que quatre projets de loi, certains ont touché à plus d'un aspect de la législation sur la concurrence et nous avons retenu sept principes pour les discussions subséquentes :
   - Illustrer l'abus de position dominante dans le commerce de détail (Projet de loi C-402)
   - Informer les consommateurs (Projet de loi C-438)
   - Faciliter la coopération entre les autorités en matière de concurrence (Projet de loi C-471)
   - Droits privés d'accès au Tribunal de la concurrence (Projet de loi C-472)
   - Renvois (Projet de loi C-471); adjudications des dépens et jugements sommaires (Projet de loi C-472)
   - Pouvoirs de rendre une ordonnance de ne pas faire (Projet de loi C-472)
   - Faciliter les alliances stratégiques et améliorer le climat d'investissement (Projet de loi C-472)

3) Nous nous sommes efforcés de tenir une consultation aussi vaste que possible.

- Nous avons affiché tous les mémoires reçus jusqu'à la fin de l'étape 4 du processus de consultation dans le site Web et les avons inclus dans ce rapport final. La première échéance du 30 juin 2000 pour la présentation des mémoires touchait seulement aux mémoires à inclure dans le document sommaire et d'analyse préparé pour les participants des tables rondes (Voir les étapes 2, 3 et 4 ci-dessous).
- Le Forum des politiques publiques s'est efforcé de donner la chance à tous les intervenants de participer au processus de consultation. Nous avons invité environ 2 000 organismes et personnes à présenter des commentaires. Nous avons reçu au total un peu plus de 100 mémoires par écrit. De plus, nous avons tenté d'inclure des représentants de tous les secteurs intéressés aux consultations, tant au niveau des commentaires écrits que pour les discussions en tables rondes. Les participants aux tables rondes comprenaient à la fois des individus et des représentants d'organismes qui avaient présenté des mémoires et d'autres qui ne l'avaient pas fait.

4) Le Forum des politiques publiques a reçu le mandat d'effectuer des consultations en raison de sa position d'organisme neutre et impartial et de sa capacité d'écouter, d'analyser et de refléter les points de vue de tous les intéressés. Comme tel, nous nous sommes assurés que les points de vue exprimés dans ce rapport reflètent de façon équitable et exacte toutes les expressions d'appui et de préoccupation sur les modifications proposées.

5) Tel qu'énoncé au paragraphe (2), nous avons déterminé que les sept principes qui sous-tendent les modifications législatives proposées serviraient d'objectifs aux discussions. Cependant, le Forum des politiques publiques a aussi reçu des commentaires sur d'autres aspects de la concurrence qui préoccupaient plusieurs intervenants au cours du processus. Tel que promis, nous avons aussi inclus les préoccupations de ces participants dans notre rapport.

II. Étapes et échéances

Le processus de consultation qui a débuté le 17 avril 2000 comprend les cinq étapes suivantes :

1) Le 17 avril 2000, le Forum des politiques publiques a affiché dans son site Web un document de discussion préparé par le Bureau de la concurrence et intitulé « Modifications à la *Loi sur la concurrence :* Document de travail – Répondre aux besoins d'une économie en changement ». Les intéressés avaient aussi accès aux informations sur les quatre projets de loi privés ainsi que sur le Bureau de la concurrence, la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence.*

2) À compter du 17 avril 2000, nous avons envoyé des lettres aux intervenants et aux parties intéressées à travers le Canada pour les inviter à présenter des mémoires sur les modific ations législatives proposées. Nous acceptions des documents électroniques, des télécopies ou des lettres jusqu'au 30 juin 2000. Tous les mémoires ont été affichés dans le site Web du Forum des politiques publiques.

3) Nous avons préparé et affiché dans notre site Web une analyse et un sommaire des mémoires reçus avant le 30 juin 2000.

4) Nous avons utilisé ce document d'analyse et sommaire des mémoires pour l'information des participants lors d'une série de tables rondes tenue en août et septembre 2000.

- Nous avons invité des représentants d'associations de consommateurs et de commerce, des petites, moyennes et grandes entreprises, des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et des syndicats à participer à neuf tables rondes à travers le Canada.

- Après les neuf premières tables rondes, nous avons invité des spécialistes de la loi sur la concurrence des milieux universitaire et juridique à une des trois tables rondes ultérieures pour mieux approfondir les questions soulevées dans les mémoires et lors des discussions des neuf tables rondes préalables.

- Pour faciliter un dialogue ouvert et franc, nous avons limité les groupes à un maximum de 12 participants, et toutes les discussions ont eu lieu « sous le couvert de l'anonymat ».

- Un résumé des discussions pour chaque table ronde a été préparé et affiché dans le site Web du Forum des politiques publiques.

- Au cours de cette étape finale, l'analyse des mémoires et les résultats des tables rondes ont fait l'objet d'un rapport final au Commissaire de la concurrence. Ce rapport sera aussi affiché dans le site Web du Forum des politiques publiques.

III. Le rapport

Le rapport sur les résultats du processus de consultation comprend quatre parties :

- **Observations générales** - Cette section décrit le contexte de l'évolution des discussions et les divers éléments qui, selon nous, ont influencé les commentaires reçus des intervenants lors du processus de consultation.

- **Commentaires sur les sept principes** - Cette section comprend une vue d'ensemble de chacun des sept principes qui sous-tendent les modifications législatives proposées ainsi qu'une analyse des mémoires reçus et des commentaires soulevés lors des discussions en tables rondes et une évaluation des résultats pour chaque principe.

- **Commentaires en marge de l'examen des sept principes** - Cette section porte sur les commentaires reçus en marge de l'examen des sept principes discutés dans la section précédente.

IV. Notes sur le Forum des politiques publiques (FPP)

Le FPP est un organisme impartial, à but non lucratif, qui vise à améliorer la bonne gestion publique au Canada au moyen d'un meilleur dialogue entre les gouvernements et les secteurs privé et de l'économie sociale. Ses membres qui proviennent du milieu des affaires, des gouvernements fédéral et provinciaux, des secteurs bénévole et syndical croient tous que notre qualité de vie et notre compétitivité mondiale dépend d'une fonction publique efficace et efficiente.

Établi en 1987, le Forum des politiques publiques a bâti sa réputation comme facilitateur digne de confiance, neutre et capable de réunir une vaste gamme d'intervenants en vue d'un dialogue productif. Son programme de recherche constitue le terrain neutre essentiel à la documentation d'une prise de décision collective. En favorisant plus d'échange d'information et de meilleurs liens entre les gouvernements et les autres secteurs, le FPP s'assure que le Canada sera plus dynamique dans ses orientations d'avenir et plus coordonné et sensible aux défis et possibilités.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Dans une consultation de cette nature et sur un sujet d'une telle importance, on ne peut faire abstraction de l'environnement dans lequel les intervenants évoluent. Même si, à bien des égards, le présent processus de consultation vise à examiner seulement certains aspects spécifiques de la *Loi sur la concurrence*, et dans certains cas, d'aspects plus ou moins mineurs, les réactions de nos participants reflètent le contexte dans lequel ils se font concurrence. Dans les pages qui suivent, nous examinerons donc certains aspects de l'économie canadienne et mondiale que les participants ont décrits et qui ont influencé leurs réactions aux modifications législatives proposées.

a. L'économie en changement et ses répercussions sur la concurrence

i) La structure changeante du marché

Lors de l'adoption des premières mesures sur la concurrence, on visait surtout à contrer les monopoles des fabricants qui tentaient de contrôler la production des biens. En fait, les changements économiques ont engendré une dominance du commerce de détail à un point tel que, dans plusieurs cas, les détaillants contrôlent maintenant les fabricants et les fournisseurs. À son tour, cette nouvelle structure de marché a créé des changements tels que les nouvelles politiques de prix que certaines des entreprises visées perçoivent comme abusives. Plusieurs participants, surtout ceux du secteur des petites et moyennes entreprises (PME), sont portés à croire que la *Loi sur la concurrence* doit être, mais ne l'est pas, axée sur le contrôle de cette nouvelle forme de dominance dans le marché.

Tous les intervenants ne sont pas du même avis. Certains, comme ceux qui sont plus familiers avec la législation, nous disent que la *Loi sur la concurrence* est un cadre législatif qui est jugé également pertinent au comportement anticoncurrentiel dans tous les secteurs économiques. D'autres indiquent qu'une loi sur la concurrence ne vise pas à protéger les concurrents, mais plutôt la concurrence. Ils ne croient pas que les pratiques commerciales actuelles réduisent la concurrence. Certains participants nous disent qu'il y a eu hausse du nombre et de la variété de produits disponibles aux consommateurs, et que cela est une preuve de la vigueur de la concurrence. D'autres intervenants, dont les PME, répliquent que la disparition quasi totale des petites entreprises dans certains secteurs de l'économie pour faire place à un petit nombre d'importants acteurs mènera en bout de ligne à des prix beaucoup plus élevés établis par ces entreprises qui à leur tour contrôleront les marchés. L'industrie du gaz et celle des produits alimentaires (y compris par exemple, les petits producteurs de marchés, les petits fabricants de produits alimentaires, etc.) sont, selon ces intervenants, déjà compromises en raison du fait que les petites entreprises sont déjà presque toutes disparues.

ii) Technologie de l'information

L'impact de la technologie de l'information est une preuve évidente des changements dans le secteur économique. La venue de la technologie de l'information modifie de plus en plus rapidement tous les aspects du commerce : on constate maintenant que les cycles de production plus courts, les

technologies informatiques et les réseaux des entreprises concurrentes en évolution constante vers l'établissement de partenariats stratégiques deviennent l'approche commerciale normale à la fois pour les grandes et les petites entreprises. Les participants des plus grandes entreprises sont surtout plus inquiets de l'impact négatif possible de modifications de la *Loi sur la concurrence* qui n'incluraient pas les nouvelles pratiques technologiques commerciales.

Par exemple, certains participants craignent que de nouvelles exigences législatives comme le processus requis pour obtenir un certificat d'autorisation tel que proposé dans le projet de loi C-472 pourrait nuire au traitement rapide des transactions commerciales, soit un délai de quelques semaines de plus avant d'obtenir l'approbation du gouvernement « pour conclure un marché », ce qui pourrait résulter en un échec. Comme autre exemple, les participants sont aussi préoccupés par le fait que la loi ne fait pas de distinction claire entre les alliances stratégiques nécessaires à l'efficacité et les fusions anticoncurrentielles. Les participants se disent préoccupés que le gouvernement pourrait ne pas assez bien comprendre comment se font les transactions commerciales dans le monde de la technologie de l'information où elles évoluent.

iii) Mondialisation et harmonisation

En troisième lieu, les intervenants se disent préoccupés par le besoin d'harmoniser la politique de la concurrence canadienne avec celle des partenaires commerciaux du Canada. Le nombre de transactions liées aux fusions continue à augmenter, et plusieurs des transactions plus importantes comprennent des acquisitions transnationales. Plusieurs participants sont d'avis qu'il faut mieux étudier la loi sur la concurrence et son application aux É.-U. et en Europe pour s'assurer que les changements apportés à la loi canadienne ne réduisent pas la concurrence des entreprises canadiennes ni ne fassent du Canada un endroit moins intéressant pour les affaires.

En outre, d'autres participants croient que certains aspects des lois étrangères sur la concurrence sont plus bénéfiques pour l'économie que la loi canadienne. Par exemple, on souligne à plusieurs reprises que le « succès » de l'économie américaine est une preuve que leur politique devrait peut-être servir de modèle pour le Canada.

b. Les grandes entreprises en concurrence avec les petites et moyennes entreprises

i) Tensions entre les grandes entreprises et les petites et moyennes entreprises

Un des aspects les plus difficiles de ce processus de consultation est le sentiment de désespoir exprimé par les chefs des petites et moyennes entreprises. Plusieurs intervenants de ce secteur craignent beaucoup de ne pas pouvoir continuer à concurrencer dans le marché. On nous cite des exemples, surtout dans les industries de l'épicerie et du gaz, mais également dans d'autres où le nombre de petites et moyennes entreprises a beaucoup diminué. Dans certains cas, on nous dit que les petites et moyennes entreprises ne se sentent pas libres de participer ouvertement aux consultations de crainte de représailles de la part des grandes entreprises de qui elles dépendent.

D'un autre côté, les plus grandes entreprises nous confient également leur frustration face aux modifications de la *Loi sur la concurrence* qui pourraient nuire à leur capacité de concurrencer à l'échelle mondiale. Même si les petites et moyennes entreprises insinuent souvent que les grandes entreprises visent délibérément à les faire disparaître, nous ne sommes pas en mesure de constater que ce type de stratégie d'intention existe. Observer les grandes entreprises au travail, c'est un peu comme observer deux éléphants qui se battent dans la jungle. Les éléphants sont tellement centrés sur leur propre désir de gagner qu'ils oublient au cours de leur combat qu'ils écrasent tous les petits animaux autour d'eux. Les grandes entreprises, surtout les plus importantes, sont centrées sur leurs homologues commerciaux. En évaluant leurs forces pour tenter au moins de tenir leur position face à leurs concurrents, elles perçoivent que leurs stratégies à l'appui de leur position sont clés pour assurer une forte concurrence, même si elles risquent d'éliminer les plus petites du marché.

Lors de notre processus de consultation, ces points de vue très divergents sur la définition de la concurrence se sont traduits en un large écart entre la compréhension des grandes et celle des petites et moyennes entreprises, et surtout en une discussion souvent opposée. Nos consultations sont très marquées par la tension entre les grandes et les petites et moyennes entreprises.

ii) Le rôle des petites et moyennes entreprises dans l'économie

Nous constatons une nette dichotomie dans la philosophie sur le rôle des petites et moyennes entreprises dans l'économie. Les petites et moyennes entreprises se voient souvent comme le « fer de lance » de l'économie puisque traditionnellement, elles constituaient la majeure partie du secteur des affaires. De plus, traditionnellement, l'innovation provenait du dynamisme des petites et moyennes entreprises.

On nous rappelle au cours de notre consultation que la *Loi sur la concurrence* mentionne spécifiquement dans la Partie I, Objet et définitions, 1,1 que :

> *« La loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada...dans le but d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne...»*

La protection des PME est considérée comme un des avantages découlant du fait de maintenir et de promouvoir la concurrence et non comme un but distinct.

Toutefois, dans notre économie changeante d'aujourd'hui, le rôle des petites et moyennes entreprises semble beaucoup moins clair. On met surtout l'accent sur le rapport entre la mondialisation et le développement de l'économie du savoir. Une grande partie de la discussion publique sur l'économie semble axée sur les moyens de promouvoir les secteurs de l'économie les plus actifs dans ces domaines. Les chefs des petites et moyennes entreprises craignent beaucoup qu'on néglige leurs besoins si

l'objectif le plus important, sinon l'unique objectif des modifications à la *Loi sur la concurrence*, est de s'assurer que le Canada pourra concurrencer à l'échelle mondiale.

c. La compréhension de la loi sur la concurrence par le public

La dernière préoccupation du Forum des politiques publiques au sujet du présent processus de consultation a trait aux divers niveaux de compréhension des participants du but et de la portée de la *Loi sur la concurrence*. La politique sur la concurrence est un aspect essentiel des transactions commerciales et de la santé économique de notre pays. Cependant, le processus nous a permis de constater très clairement l'absence de compréhension de l'objectif, de la portée et des contraintes de la *Loi sur la concurrence* chez la plupart de ceux qui en sont visés. Le débat qui fait rage sur le prix du gaz et sur l'influence possible ou non de la *Loi sur la concurrence* en est un exemple. Un autre domaine de confusion est celui des liens et des différences entre la politique de concurrence et la politique sur la protection du consommateur.

Cette absence de compréhension a posé deux défis au Forum des politiques publiques. Le premier a été celui de faire participer des représentants d'entreprises autres que les avocats chargés de surveiller les questions de concurrence. Plusieurs représentants d'entreprises que le FPP a consultés ne se considéraient pas suffisamment familiers avec la *Loi sur la concurrence* pour exprimer leur point de vue. Cela a causé un certain degré de difficulté à atteindre l'équilibre recherché chez les intervenants en question pour nous assurer de tenir compte de tous les points de vue. Comme second défi, lors du processus, il a fallu nous assurer de bien comprendre l'objectif et les contraintes des modifications législatives prévues et de bien diriger la discussion, du moins pour la majeure partie, sur ces questions spécifiques. Cela dit, nous croyons avoir obtenu un équilibre satisfaisant, à la fois du point de vue participation et des domaines de discussion.

COMMENTAIRES SUR LES PRINCIPES QUI SOUS-TENDENT LES MODIFICATIONS PROPOSÉES

La section qui suit porte sur chacun des sept principes qui sous-tendent les modifications proposées et sur les résultats de la consultation pour chacun d'eux. Comme les discussions en tables rondes ont permis de soulever, en grande partie, des points semblables aux mémoires mais plus en détail, nous n'avons pas généralement tenté de faire de distinction entre ces deux étapes du processus de consultation dans notre résumé des commentaires reçus.

Le format de discussion est le suivant :

a) Proposition : une description des modifications proposées telles que reflétées dans le projet de loi privé pertinent, y compris sa portée et ses contraintes.

b) Principe : une description de l'objectif de la proposition ou des avantages perçus à cet effet.

c) Aperçu des commentaires reçus : un aperçu du contexte des discussions relié spécifiquement au principe discuté, y compris, par exemple, les tensions particulières entre les différents groupes d'intervenants.

d) Expressions d'appui : une discussion des commentaires sur la proposition spécifique fournie par les intervenants à l'appui total ou partiel de la proposition.

e) Préoccupations : une discussion des commentaires fournis par les intervenants totalement ou partiellement opposés à la proposition.

f) Solutions de rechange : une description des options suggérées par les intervenants susceptibles d'améliorer les modifications proposées ou de les rendre plus acceptables en principe.

g) Évaluation : un résumé de l'équilibre entre les pour et les contre et les solutions de rechange soulevées au cours des discussions.

Illustrer les abus de position dominante dans les marchés de détail (Projet de loi C-402)

Proposition

Ce projet de loi vise à modifier la *Loi sur la concurrence* en ajoutant des exemples de comportements anticoncurrentiels spécifiques à l'industrie de commerce au détail à la liste non-limitative d'activités anticoncurrentielles à l'article 78. En vertu de l'article 79 de la Loi, le Tribunal de la concurrence peut émettre une ordonnance empêchant une personne de s'engager dans de telles activités anticoncurrentielles.

Le projet de loi permettrait d'ajouter trois nouveaux paragraphes à l'article 78 :

1. L'alinéa 78(j) proposé porte sur les pratiques de l'industrie des produits d'alimentation en matière de droits d'étalage et de présentation.

2. L'alinéa 78(k) proposé interdit à un détaillant intégré verticalement de réduire la marge bénéficiaire (compression).

3. L'alinéa 78(l) proposé vise les détaillants de produits alimentaires qui exigent unilatéralement des rabais de leurs fournisseurs.

Principe

Ce projet de loi a pour but d'ajouter des exemples clairs d'activités anticoncurrentielles reliées aux marchés des produits alimentaires et du gaz à la liste indicative des activités anticoncurrentielles dans les dispositions de la *Loi sur l'abus de position dominante*. L'article 79 interdit l'abus de position dominante et l'article 78 comprend une liste non-limitative d'activités anticoncurrentielles correspondantes. Les modifications proposées visent des situations spécifiques qui sont devenues plus critiques à l'industrie des produits alimentaires depuis la récente vague de fusions. Des questions semblables se posent chez les détaillants de gaz.

Aperçu des commentaires reçus

Les réactions à ce projet de loi sont clairement polarisées, avec très peu de commentaires neutres. L'opposition est particulièrement forte.

Expressions d'appui

Les tenants de la proposition mettent l'accent sur le besoin de rappeler aux industries des produits alimentaires et du gaz comment les dispositions de la *Loi sur l'abus de position dominante* s'appliquent dans leur cas en ajoutant à la liste non-limitative les activités anticoncurrentielles à l'article 78. Certains tenants des modifications demandent qu'on fasse des ajouts à l'article 78 pour tenir compte de situations uniques de certains secteurs de l'économie et aux fins d'une plus grande clarté d'interprétation et de compréhension des dispositions d'abus dans la loi (selon l'article 79).

Préoccupations

Les opposants au projet de loi croient que les modifications proposées sont inutiles, puisque le Tribunal de la concurrence a clairement démontré dans certains cas d'abus passés le bien-fondé de l'article 79 de la loi et qu'il ne s'appuie pas sur l'article 78. Les opposants rejettent non seulement tout ajout à l'article 78, mais certains vont même jusqu'à suggérer que l'article 78 est en soi inutile et devrait être révoqué.

Plusieurs croient que les ajouts proposés à l'article 78 pourraient mener à des interprétations fautives de l'article 79 et créer des effets anticoncurrentiels.

En général, on s'accorde à dire que la Loi, en tant que cadre législatif, doit toujours protéger et promouvoir la concurrence plutôt que de protéger les concurrents.

Plusieurs commentateurs s'opposent au projet de loi parce qu'il semble faire double emploi avec le droit des contrats, ou, dans quelques cas, parce qu'il fait double emploi avec les présentes lois provinciales. De plus, les participants sont d'avis qu'on ne doit pas faire appel au Tribunal de la concurrence pour résoudre des conflits contractuels qui sont à juste titre du ressort des tribunaux.

Certains participants du secteur de l'alimentation (surtout les plus grandes entreprises) s'opposent aux modifications qui, à leur avis, nuisent à la nature des rapports changeants et évolutifs du secteur de l'approvisionnement et du commerce des produits alimentaires axés sur la demande des clients. Certains représentants d'autres industries voient un risque pour leurs industries qui seraient touchées involontairement par ces modifications puisque ces dernières peuvent aussi porter sur des arrangements ayant des effets bénéfiques pour la concurrence. En général, les participants croient que les modifications portant sur les industries ne sont pas un cadre juridique approprié pour la *Loi sur la concurrence*.

Évaluation

Compte tenu des opinions divergentes sur le projet de loi tel que présenté, il est difficile d'affirmer qu'il fait l'objet d'un vaste consensus. Cependant, on se demande toujours si on pourrait réussir à obtenir un consensus, même en le reformulant.

Les tenants du projet de loi veulent plus de clarté au sujet de l'application des dispositions de la loi sur l'abus de position dominante pour leurs industries respectives. On peut atteindre cet objectif au moyen de lignes directrices que le Bureau est en voie d'élaborer. Bien qu'on puisse caractériser les tenants du projet de loi comme des représentants typiques des PME, les opposants au projet de loi font aussi partie de cette catégorie; il devient donc difficile de soutenir avec certitude que les tenants du projet de loi viennent du secteur des PME ou appartiennent à tout autre groupe identifiable.

Informer les consommateurs (Projet de loi C-438)

Proposition

Le projet de loi C-438 modifierait la *Loi sur la concurrence* afin d'interdire l'envoi postal ou toute autre forme de courrier relié à des documents papiers, aux fins de promotion d'intérêts commerciaux, ou encore l'envoi de documents imprimés qui donnent l'impression générale que le récipiendaire de ces documents a gagné un prix, mais que pour le recevoir, il doit d'abord verser un montant en argent ou engager des frais téléphoniques spécifiques.

Principe

Cette proposition, avalisée en avril 2000 par le Comité permanent de l'industrie de la Chambre des communes, est conçue spécifiquement pour répondre aux préoccupations reliées aux concours postaux trompeurs. Toutefois, en avalisant la proposition, le Comité s'est dit préoccupé que le projet de loi tel que rédigé excluait la livraison par Internet et par autres moyens technologiques.

Aperçu des commentaires reçus

Cette proposition est la moins controversée des quatre des projets de loi privés, avec très peu de commentaires spécifiquement opposés à l'initiative contre les pratiques commerciales déloyales.

Expressions d'appui

Cette proposition est appuyée largement tant dans les mémoires par écrit que durant les consultations lors des tables rondes. Les tenants du projet de loi le perçoivent comme un outil important pour combattre les pratiques déloyales de cette nature et comme moyen d'accroître les pouvoirs d'application du Bureau. En particulier, les entreprises de marketing trouvent que ce type de comportement « frauduleux » visé par la proposition tend à réduire la confiance des consommateurs envers toutes les activités de marketing, et ils sont heureux de constater que le gouvernement examine des moyens d'éliminer les formes les plus flagrantes de ce type d'activité.

Préoccupations

Malgré l'appui général des commentateurs, on relève certaines préoccupations d'ordre spécifique. Certains commentateurs sont d'avis que le projet de loi n'est pas nécessaire puisque le *Code criminel* et les dispositions sur les pratiques déloyales et trompeuses de la *Loi sur la concurrence* suffisent pour régler les cas de concours trompeurs. On se dit préoccupé par le fait de particulariser les activités commerciales et la promulgation d'une nouvelle loi pour traiter de différentes pratiques comme le télémarketing et le courrier trompeur. On soutient que la *Loi sur la concurrence* est une mesure législative d'application générale qui devrait pouvoir couvrir toutes les formes de pratiques déloyales peu importe les moyens utilisés.

Quelques commentateurs ont l'impression que le langage utilisé dans le projet de loi est trop général et risque de couvrir des activités commerciales légitimes. On dit souhaiter que le libellé du projet de loi soit mieux peaufiné à cet égard.

Dans un mémoire, on fait référence à la nature extraordinaire du paragraphe (5) de la proposition qui établit la responsabilité des cadres et des directeurs de l'entreprise engagée dans des pratiques déloyales. On perçoit que le test de responsabilité de ces cadres est trop onéreux.

Solutions de rechange

Les commentateurs se plaignent généralement du fait que le projet de loi est trop restreint pour couvrir les pratiques déloyales à l'Internet, défaut que l'on considère sérieux dans la proposition, compte tenu du nombre toujours croissant d'activités commerciales effectuées par ce médium. Par conséquent, un grand nombre de commentateurs recommandent que le projet de loi soit formulé de manière à couvrir les activités à l'Internet en plus des concours par envoi postal.

Évaluation

Bien que le projet de loi jouisse d'un large appui, les intervenants indiquent que si l'on modifie la loi à cet égard, il importe qu'elle couvre l'Internet et en particulier, le courrier électronique.

Faciliter la coopération entre les autorités en matière de concurrence (Projet de loi C-471)

Proposition

Le projet de loi C-471 créerait une base législative permettant au Canada d'établir des ententes avec d'autres juridictions pour favoriser une entraide internationale dans l'application à caractère non pénal de la *Loi sur la concurrence*.

Principe

Le principe qui sous-tend le projet de loi tient compte de la nécessité de faciliter la coopération entre les autorités antitrust dans un contexte de mondialisation commerciale en évolution. Il existe déjà un mécanisme distinct dont le but est de gérer la transmission de renseignements à l'échelle internationale en matière criminelle sous forme d'un Traité d'entraide juridique (« TEJ »). Ce traité a été rédigé en vertu d'une loi habilitante spécifique intitulée *la Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle (LEJMC)*) qui s'applique aux affaires criminelles antitrust. Il n'existe pas, à l'heure actuelle de mécanisme équivalent pour la communication de renseignements à l'échelle internationale sur des questions de concurrence non pénales ou civiles comme les fusions ou l'abus de position dominante. Cette proposition permettrait au Canada de devenir membre signataire des ententes de coopération

internationales en matière antitrust sur des questions civiles comme celles prévues dans l' International Antitrust Enforcement Assistance Act (« IAEAA ») adoptée aux É.-U. en 1994

Aperçu des commentaires reçus

L'Entraide internationale (EI) (International mutual co-operation) est un concept très vaste d'application de la loi qui jouit toujours de l'appui des principes de base et de l'intérêt public, en particulier. Elle repose également sur des principes de base reliés à la confidentialité et à certaines questions opérationnelles (décrites plus loin). Les intervenants soulèvent ces questions et sont en général d'accord sur la façon de les intégrer dans toute initiative d'EI. Les participants soulignent à maintes reprises que l'Entraide internationale est entièrement soutenable, mais que le modèle proposé dans le projet de loi C-471 n'est pas assez élaboré pour répondre à la mise en oeuvre. Les commentaires des intervenants indiquent également qu'il faut expliquer que ce projet de loi a été rédigé pour répondre exclusivement à des questions civiles et ne constitue qu'une loi habilitante.

Les principales questions soulevées à ce sujet portent sur la confidentialité des renseignements (protections, droits et privilèges d'accès d'une tierce partie, besoin de notification, mécanisme de règlement de différends, différence de traitement selon le pays) et des questions de fonctionnement (droits aux procédures de recours, pouvoir de signer des ententes, clarification des rôles des représentants gouvernementaux, etc.). Seulement quelques intervenants suggèrent qu'il ne serait pas « pertinent » ou « nécessaire » de poursuivre l'objectif de base de l'EI.

Expressions de soutien

Un échantillon représentatif de participants provenant de divers secteurs de l'économie appuient le principe sous-jacent de ce projet de loi. Certains tenants du projet de loi vont au-delà d'un simple appui et décrivent l'amélioration de l'EI comme étant « nécessaire et souhaitable ». Les participants appuient majoritairement le principe sous-jacent de ce projet de loi malgré le fait que chacun des participants ajoute des commentaires détaillés sur cet appui afin de répondre aux questions complexes et interdépendantes soulevées par la coopération internationale.

Préoccupations

Au sujet des préoccupations décrites ci-après, on commence d'abord par une brève présentation des idées d'un très petit nombre de participants qui sont tout à fait opposés au projet de loi. On poursuit avec un examen des questions que les tenants du projet de loi désirent discuter pour le rendre utilisable.

On exprime des opinions très variées sur la question de l'utilisation de pouvoirs formels par le Bureau pour recueillir des renseignements d'entreprises canadiennes aux fins d'enquêtes étrangères. Les tenants du projet de loi de même que les opposants sont préoccupés par cette question qui met encore une fois en lumière l'acceptation générale de la notion de coopération internationale assortie d'une grande variété d'opinions sur la portée opportune d'une telle coopération.

Dans certains cas, on doute même du besoin d'améliorer l'EI par rapport aux questions civiles. Cet aspect, en plus des préoccupations sur la confidentialité, amène ces participants à s'opposer au projet de loi. Plus souvent qu'autrement, les opposants au projet de loi se disent inquiets au sujet de la confidentialité et de la façon de mieux protéger les renseignements transmis entre les autorités internationales antitrust. Ces préoccupations sur la confidentialité reflètent celles exprimées par les tenants du principe général d'une EI améliorée. Parmi les objections, on note l'absence d'un système de notification qui permet aux personnes ayant fourni des renseignements volontairement de savoir que ces renseignements sont sur le point d'être transmis à une autorité étrangère en matière de concurrence et de leur offrir la possibilité de contester cette transmission par l'entremise d'une tierce partie agissant comme arbitre indépendant (on mentionne souvent le Tribunal de la concurrence et les tribunaux dans ce contexte).

La différence de traitement des activités anticoncurrentielles dans diverses juridictions est également une cause de préoccupation pour la majorité des participants, tant chez les tenants du projet de loi que chez les opposants. On pourrait traiter certaines activités comme actes civils en vertu de la loi canadienne mais comme actes criminels à l'étranger et inversement. Ainsi, on peut constater qu'il existe un fort appui pour le maintien de la piste criminelle actuelle (TEJ) dans le cas d'actes criminels; en autres mots, on ne souhaite pas la remplacer par une nouvelle approche civile en vertu de l'IAEAA. Les incohérences entre les compétences permettent également de se demander s'il serait pertinent pour le gouvernement canadien de fournir des renseignements à une autorité étrangère sur une question qui respecte la loi canadienne et qui n'a aucune répercussion directe au Canada. Les participants s'entendent en général que la portée d'une entente d'EI devrait être assez restreinte.

Le projet de loi reflète les exigences de base d'une entente qui sera signée avec les É.-U. en vertu de l'IAEAA. Selon ces exigences, les deux signataires doivent avoir des lois sur la concurrence et des mesures de protection de la confidentialité des renseignements qui se ressemblent. Les participants indiquent à plusieurs reprises que même s'il existe plusieurs éléments communs entre les lois et pratiques canadiennes et américaines, ils se disent préoccupés par le fait qu'il est beaucoup moins clair qu'on trouvera assez d'éléments communs acceptables chez d'autres partenaires commerciaux – le Japon, par exemple, et surtout les pays en développement.

Faute d'éléments réellement communs dans la loi et dans son application, les participants craignent fort que certains renseignements recueillis auprès d'entreprises canadiennes normalement protégés au Canada soient transmis à des tierces parties étrangères par des autorités compétentes étrangères en matière de concurrence qui les auraient obtenus du Bureau. On cite fréquemment ce dernier cas comme préoccupation majeure dans le contexte de dommages au montant triplé pouvant résulter en poursuites civiles aux États-Unis. Les participants exprimant ces préoccupations représentent à la fois le secteur privé et les gouvernements qui ont des agences d'État œuvrant dans des marchés concurrentiels.

L'article 29 de la *Loi sur la concurrence* prévoit des mesures de protection de la confidentialité pour les renseignements que détient le Bureau de la concurrence. Ces mesures de protection sont

constamment soulevées au cours des séances en tables rondes. Presque tous les participants, tant ceux qui appuient le projet de loi que ceux qui s'y opposent, demandent une révision de l'article 29 afin de corriger les lacunes que l'on perçoit actuellement (décrites plus loin), tant pour régler les préoccupations de confidentialité dès maintenant que pour modifier l'article, en prévision de futures ententes de coopération. Certains participants font référence à une différence d'opinion de longue date entre le Bureau et le secteur privé sur la bonne interprétation de l'article 29 qui n'a jamais été contesté devant les tribunaux ou les cours. Ils caractérisent l'interprétation du Bureau comme étant très générale, par opposition au point de vue beaucoup plus restrictif du secteur privé. Tous les participants cherchent à faire clarifier l'article 29 afin d'établir des mesures de protection pour les renseignements que détient le Bureau.

Une des lacunes les plus souvent citées au sujet de l'article 29 actuel est l'absence d'une disposition visant à protéger les renseignements fournis volontairement (« RFV »). La politique et les pratiques du Bureau à cet égard ont pour but de considérer de tels renseignements comme étant formellement protégés en vertu de l'article 29, mais les participants ne croient pas que c'est suffisant. Les participants sont presque tous d'accord pour inclure la protection RFV dans l'article 29. Pour plusieurs participants, il est essentiel d'examiner cette suggestion avant même de penser à une entente de coopération internationale sur les questions civiles.

Les tenants du projet indiquent qu'il pourrait n'avoir que des effets limités, étant donné que les renseignements sur certaines questions civiles ne seraient pas communiqués sans égard à une entente en vertu de l'IAEAA. Ces participants soutiennent que les renseignements fournis aux autorités antitrust américaines après la poursuite Hart-Scott-Rodino dans un cas de fusion ne seraient pas mis à la disposition du Canada de toute façon. De plus, les questions de fusion constituent un cas inhabituel, car les parties sont généralement disposées à coopérer, ce qui n'est pas le cas pour la position conflictuelle qui est plus commune dans le cas de questions pénales. Certains participants doutent également que le partage de renseignements informels continue d'exister et se demandent si une entente en vertu de l'IAEAA ajoute quelque chose d'important aux renseignements fournis.

Un certain nombre de participants s'opposent à la notion que le Commissaire de la concurrence puisse évaluer des demandes de renseignements provenant de l'étranger touchant des questions d'intérêt national, et qu'il puisse agir à la fois au niveau de l'application et comme arbitre. Plusieurs participants notent que le projet de loi C-471 ne permet pas de prescrire le rôle prévu pour le ministre de la Justice ou le ministre des Affaires étrangères, qui participent généralement à la signature de traités internationaux et au processus d'arbitrage mentionné plus haut.

Solutions de rechange

On ne propose aucune solution de rechange pour cette proposition. Les participants suggèrent plutôt une énumération des critères requis pour rendre la proposition plus acceptable. Ces critères sont décrits ci-après.

Évaluation

Dans sa forme actuelle, le projet de loi reçoit un appui important mais qualifié de la part des participants. L'initiative visant à augmenter la coopération internationale pourrait aller de l'avant, à la condition qu'on examine les questions de fonctionnement et de confidentialité suivantes :

- Fournir une procédure de notification permettant de transmettre les renseignements (fournis sur une base volontaire ou autre) aux autorités étrangères.
- Intégrer un processus indépendant de règlement de différends entre les parties et le Bureau sur la transmission des renseignements.
- Fournir des solutions dans le cas de violation de la protection de la confidentialité.
- Limiter l'utilisation des renseignements transmis au but spécifié dans la demande.
- Interdire la divulgation par une tierce partie des renseignements transmis.
- Exiger qu'une agence étrangère traite les renseignements fournis de la même manière qu'ils le seraient au Canada.
- Exiger le retour ou la destruction complète de tous les renseignements transmis et des documents de travail reliés sous toutes les formes.
- Clarifier les rôles du ministre de la Justice et du ministre des Affaires étrangères.
- Dans son rapport annuel, le Commissaire devrait faire rapport sur les demandes présentées dans le cadre de toute entente de coopération ainsi que sur les réponses fournies.
- Traiter les préoccupations de confidentialité en modifiant l'article 29 de la loi actuelle afin d'y inclure la protection des renseignements fournis sur une base volontaire et de clarifier l'interprétation d' « administration ou application de cette loi ».

Droits privés d'accès au Tribunal de la concurrence (Projet de loi C-472)

Proposition

Le projet C-472 modifierait la *Loi sur la concurrence* permettant à des individus de porter des questions devant le Tribunal de la concurrence en leur nom, s'ils le désirent, en vertu de l'article 75, sur le refus de vendre, et de l'article 77, sur la vente exclusive, la vente liée et la restriction du marché.

Selon cette proposition, il n'existerait aucun pouvoir d'accorder des dommages intérêts et il faudrait présenter une demande d'autorisation au Tribunal de la concurrence. Le Tribunal agirait comme « filtre » et, au besoin, pourrait accorder des dommages intérêts et disposer sommairement d'une question.

Principe

Les articles 75 et 77 portent sur la conduite qui tend à mettre en cause surtout sur des questions privées entre les acheteurs et leurs fournisseurs. Présentement, seul le Commissaire peut porter une question devant le Tribunal de la concurrence; les individus ne peuvent pas présenter au tribunal des demandes

d'ordonnances remédiatrices sur des questions civiles. Si le Commissaire décide de ne pas engager de poursuite sur une plainte ou si, lors d'une enquête, il décide de ne pas porter la question devant le Tribunal de la concurrence (par exemple, si l'impact sur la concurrence est minime et ne justifie pas une intervention publique), les plaignants ne peuvent pas intenter une poursuite en leur nom.

Le droit d'accès privé au Tribunal de la concurrence permet d'apporter un complément à l'application publique et d'augmenter l'effet préventif de la loi. Les cas privés pourraient avoir l'avantage additionnel de constituer un fonds de jurisprudence dont on a grandement besoin – à part les fusions, on a contesté seulement neuf cas devant le Tribunal de la concurrence en 14 ans d'existence. La jurisprudence supplémentaire améliore le processus de révision à plus long terme et donne au milieu des affaires une compréhension plus claire de l'application de la loi.

Vue d'ensemble des commentaires reçus

Les réactions sur cette proposition sont différentes; cependant, on s'entend sur le besoin d'éviter le litige stratégique. Un des facteurs clés envisagé à l'appui ou à l'encontre du principe d'accès privé semble en être un de savoir si le litige stratégique peut être évité ou non.

Expressions d'appui

Les tenants de l'accès privé perçoivent cette proposition comme un développement positif en matière d'application de la *Loi sur la concurrence*.

Les supporteurs de la proposition en principe croient que les individus devraient pouvoir porter leurs propres cas devant une cour ou un tribunal. Certains participants croient qu'en établissant la priorité des cas, il devient évident que le Bureau ne peut pas porter chaque cas légitime devant le Tribunal de la concurrence. Par exemple, un cas très localisé par nature ou un cas dont l'impact sur l'économie est très minime peut être très peu prioritaire, et on soutient que les auteurs de litiges privés dans ces cas doivent être libres de poursuivre leurs propres cas. Certains sont d'avis que cela obligera le gouvernement à faire preuve d'une plus grande transparence et responsabilité. Une autre raison en faveur de la proposition est qu'il ne faut pas utiliser les ressources publiques à des questions surtout privées qui n'ont aucun impact important sur l'économie, même si elles soulèvent des préoccupations légitimes. L'accès privé doit être complémentaire à la présente application du Bureau de la concurrence en permettant que ce dernier s'occupe des cas qui ont un impact public majeur, alors que les auteurs de litiges privés pourraient s'occuper de cas d'intérêt à caractère plus privé que public et de questions plus régionales ou locales.

Les défenseurs de cette proposition sont d'avis qu'il y a assez de sauvegardes dans le projet de loi pour empêcher tout litige stratégique. On soutient que même s'il n'est jamais possible en principe d'obtenir un plein consensus sur cette proposition parce que les intervenants se perçoivent eux-mêmes soit comme plaideurs ou défendeurs, la proposition demeure néanmoins une modification valide. Il s'agit aussi d'une proposition qui a été longuement discutée à plusieurs reprises, et on croit qu'il est temps d'aller de l'avant. Après ces discussions, on propose plusieurs sauvegardes pour éviter le litige stratégique. Ainsi,

un système bien conçu pourrait intégrer ces sauvegardes et par conséquent, minimiser les risques potentiels liés à l'accès privé. Si les parties individuelles doivent demander une autorisation, et si le Tribunal est en mesure d'accorder des dommages intérêts et de disposer sommairement des cas au besoin (voir les discussions sur les projets de loi C-471 et C-472 dans la prochaine section), à leur avis, le litige stratégique est à toute fin pratique, découragé.

Certains commentateurs sont d'avis que le Tribunal ne devrait pas pouvoir accorder de dommages intérêts, car ce point est clé pour éviter le litige stratégique, même si d'autres désirent inclure les dommages intérêts dans la proposition et d'autres encore désirent un pouvoir de recours collectifs.

On soutient également que la proposition ne doit pas être restreinte aux articles 75 et 77 et qu'elle doit s'appliquer à d'autres questions de révision, surtout l'article 79 sur l'abus de position dominante. Aussi, le Bureau de la concurrence utilise souvent les articles 77 et 79 comme solutions de rechange lorsqu'il intente une poursuite en vertu de l'un ou l'autre des articles. On suggère en outre que les plaideurs privés doivent aussi être libres d'intenter une poursuite en vertu d'un ou l'autre des articles.

Certains participants croient que l'accès privé pourrait améliorer le processus du Tribunal de la concurrence. Si l'accès privé réussit, le processus du Tribunal, croit-on, devrait être amélioré, et les plaideurs privés pourraient contribuer à accélérer le processus du Tribunal et le rendre plus efficace et ainsi réduire les coûts. Le Tribunal, à son tour, serait utilisé à son plein potentiel, et cela, soutient-on, est utile pour constituer une précieuse jurisprudence.

Préoccupations

La principale préoccupation exprimée sur cette proposition touche à l'utilisation de la disposition par les individus ou les sociétés comme arme stratégique au moyen du litige. On mentionne qu'il ne pourrait jamais y avoir assez de sauvegardes pour éviter le litige stratégique, et que le droit même d'intenter une action privée serait utilisé pour harceler des concurrents. D'autres s'inquiètent que les effets du droit privé d'accès sont imprévisibles, et que la proposition pourrait ralentir les activités d'affaires au Canada.

Certains commentateurs soutiennent qu'on n'a pas démontré le besoin de l'accès privé. On pense que le Bureau de la concurrence devrait seulement soulever les cas méritoires. On indique que jusqu'à maintenant, le Commissaire de la concurrence a été un «filtre» efficace pour empêcher la présentation de cas non méritoires. La liberté d'accès peut seulement créer de l'incertitude.

D'après certains, le droit à l'accès privé est illusoire parce que le coût d'intenter une poursuite est si élevé que les PME ne sont pas en mesure de se la payer. On soutient que même avec les sauvegardes pour empêcher le litige stratégique, les entreprises ont encore des frais à payer. Par exemple, que l'on intente réellement une poursuite ou non pour un cas frivole, les frais légaux peuvent être encore importants pour un défendeur potentiel.

D'autres demandent pourquoi les cas privés sur des préoccupations surtout privées doivent être traités en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Certains opposants suggèrent aussi qu'il existe déjà des solutions de rechange en droit commun comme celles dans les délits civils et le droit en matière de contrats qui peuvent répondre à ces préoccupations. On propose aussi que l'article 75 soit abrogé; on soutient que cet article protège plutôt les intérêts privés que la concurrence.

Solutions de rechange

On peut classer les solutions de rechange par catégorie selon deux grands groupes. D'abord, si cette proposition est mise de l'avant, on propose de l'améliorer. D'un autre côté, si elle n'est pas mise de l'avant, on propose des solutions de rechange qui traiteraient des préoccupations sous-jacentes que l'accès privé visait à mieux régler.

Pour améliorer la proposition actuelle, on suggère d'inclure le critère des effets de la concurrence dans l'article 75. Certains commentateurs soutiennent que ce critère devrait faire partie du présent article 75, que l'accès privé soit mis de l'avant ou non. Selon eux, le Bureau de la concurrence élimine déjà les cas basés sur ce facteur. De plus, si la proposition d'accorder un droit d'accès privé est mise de l'avant, on soutient qu'il serait nécessaire d'ajouter le critère des effets de la concurrence pour éviter le litige stratégique.

D'autres suggestions pour se protéger contre le litige stratégique comprennent l'ajout du critère d'autorisation. Ce critère que l'on pourrait insérer dans les règles du Tribunal ou dans la législation créerait plus de certitude qui aurait l'effet de dissuader certains individus d'intenter des poursuites non méritoires. On suggère également que le Commissaire joue un rôle plus actif dans la proposition parce que le Commissaire a beaucoup de succès à filtrer les cas sans mérite en vertu des présents articles 75 et 77. On soutient que le Commissaire doit, au besoin, être en mesure de prendre en charge une poursuite privée, et qu'il doit y avoir un système de préavis selon lequel les plaideurs de litiges privés aviserait le Commissaire d'une action.

Du point de vue de certains opposants, une augmentation des ressources du Bureau de la concurrence nierait le besoin de l'accès privé. On soutient que cela permettrait au Bureau de présenter des cas plus légitimes, et, en retour, de réaliser les objectifs qui sous-tendent la proposition d'accès privé sans entraîner aucun des effets négatifs reliés. Le litige stratégique ne serait plus une préoccupation. Cependant, d'autres soutiennent que des ressources, ou leur absence, ne devraient pas être la seule raison de modifier la législation ou d'établir un tel droit.

Une autre solution de rechange à la présente proposition serait d'élargir la portée du présent article 36 de la *Loi sur la concurrence* pour permettre des poursuites privées sur des questions civiles. On soutient qu'il existe déjà une jurisprudence et des règles de procédure pour l'article 36 qui pourraient être mieux appliquées aux questions privées portées devant le Tribunal.

Évaluation

Les opinions sont partagées sur la mise de l'avant de cette proposition. Certains participants appuient la proposition alors que d'autres veulent en élargir la portée pour couvrir l'article 79 et inclure des dommages intérêts et des recours collectifs. D'autres s'opposent à la proposition. Certains suggèrent même d'abroger l'article 75 parce qu'il traite de questions en grande partie privées entre les acheteurs et leurs fournisseurs. Encore d'autres participants offrent leur appui à condition qu'on puisse les assurer que la proposition sera efficace pour éviter le litige stratégique. On fait plusieurs suggestions pour améliorer le projet de loi visant à éviter le litige stratégique, à savoir l'ajout du critère des effets de la concurrence dans l'article 75 et l'établissement d'un critère d'autorisation. Un consensus est possible si le projet est ainsi modifié.

Renvois (Projet C-471); adjudications des dépens et jugements sommaires (Projet C-472)

Proposition

Le projet de loi C-471 modifierait la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour permettre le renvoi de toute pratique examinable, y compris la pratique commerciale civile de nature à induire en erreur, devant le Tribunal de la concurrence. Les cas devant le Tribunal exigent une bonne préparation et des ressources importantes pour les deux parties. Le résultat peut dépendre d'une seule question clé, telle que la définition du marché en question, à prévoir comme essentielle dans ce cas. Un jugement rapide d'une telle question au moyen d'un renvoi, pour décider ou non de la poursuite du cas, sauverait du temps et des frais à toutes les parties et une telle procédure leur permettrait un renvoi sur une question de loi, de fait ou une question à la fois de loi et de fait.

Le projet de loi C-472 modifierait la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* pour donner au Tribunal le pouvoir d'accorder des frais et de disposer sommairement d'une question sur demande d'une partie. Contrairement à plusieurs tribunaux, le Tribunal n'a pas l'autorité d'accorder des frais à l'heure actuelle. Le projet de loi C-472 permettrait au Tribunal d'accorder des frais contre toute partie, y compris la Couronne ou des intervenants, dans toutes les poursuites, y compris les fusions. Cela dissuaderait certaines parties d'intenter des poursuites frivoles et des procédures dilatoires.

Les jugements sommaires offrent aussi le moyen de régler des cas pertinents plus rapidement. Un membre juriste pourrait disposer sommairement d'une demande, si le cas semblait non méritoire ou réellement non défendable.

Vue d'ensemble des commentaires reçus

Les commentateurs appuient majoritairement ces propositions. On les perçoit comme étant des améliorations au processus du Tribunal de la concurrence.

Expressions d'appui

On est d'avis que les renvois pourraient accélérer les procédures du Tribunal, améliorer son efficacité, répondre au manque de jurisprudence, réaliser des économies de coûts et de temps et par conséquent, être généralement avantageux pour toutes les parties.

On est d'avis que les adjudications de dépens et les jugements sommaires seraient surtout utiles si on mettait de l'avant la proposition sur l'accès privé, étant donné que ces propositions aideraient à éviter les litiges stratégiques ou frivoles et accéléreraient le processus.

Préoccupations

On soulève la préoccupation à l'effet que les renvois devraient être acceptés seulement pour les cas spécifiques et qu'ils ne devraient pas être acceptés en dehors de la portée du litige. On note que le terme français « jugement » comparé au terme anglais « application » contenu dans l'article 124.2 du projet de loi C-471 n'indique pas clairement si les renvois sont spécifiques aux cas. Également, certains commentateurs veulent que le projet de loi indique que le Commissaire ne peut pas faire de renvoi devant le Tribunal au milieu d'une audition.

Sur l'adjudication des dépens, on se préoccupe que des dommages intérêts pourraient être accordés contre une partie lors de la défense d'une poursuite intentée par le Commissaire de la concurrence. On soutient que comme dans le cas de toutes les poursuites criminelles, les individus accusés devraient être libres de se défendre sans crainte qu'on accorde des dommages intérêts contre eux. On s'inquiète également du fait que l'adjudication de dommages intérêts à des intervenants permettrait ainsi de financer leur cause indirectement. Certains soutiennent aussi que le Bureau de la concurrence ne devrait pas être sujet à des dommages intérêts; d'autre part, les jugement s sommaires pourraient être utilisés dans ces situations pour mettre fin rapidement à ces cas selon le besoin.

On se dit préoccupé que la procédure pour les jugements sommaires serait problématique dans les cas importants et complexes, et qu'elle s'avère non bénéfique. Également, même en appuyant le principe, certains pensent que les jugements sommaires pourraient être difficiles à obtenir en pratique, et que par conséquent, ils seraient de valeur limitée.

Solutions de rechange

On suggère que l'article 124.1 de la proposition qui traite des renvois au Tribunal par les parties devrait s'appliquer à toutes les fusions ou propositions de fusion, et non pas seulement aux transactions devant faire l'objet d'une notification. On suggère également que les autres parties, en plus du Commissaire, doivent pouvoir présenter des renvois; par conséquent, la proposition devrait permettre de clarifier l'article 124.2 qui traite des renvois par le Commissaire. Il faut élargir sa portée pour permettre aux deux parties de présenter un renvoi au Tribunal. Aussi, on suggère que les tierces parties ayant un intérêt dans l'audition soient autorisées à intervenir.

Au sujet des dépens, on suggère que le Tribunal ait le pouvoir d'ordonner l'affichage des cautionnements de frais. On suggère aussi d'ajouter des critères ou une annexe sur les montants des règles du Tribunal ou de la loi. On soutient que cela clarifierait et créerait plus de certitude sur la façon d'appliquer la disposition par le Tribunal.

Pour ce qui est des jugements sommaires, on propose comme solution de rechange d'inclure d'autres membres dans la prise de décision plutôt que de restreindre le processus à un juriste.

Évaluation

Il n'y a aucune opposition à ces propositions étant donné que les modifications sont perçues comme des améliorations au processus du Tribunal. En fait, il faut accorder des frais et disposer sommairement de questions surtout si la proposition pour l'accès privé devait aller de l'avant, étant donné que ces procédures sont essentielles pour éviter les litiges stratégiques. Outre une acceptation générale du principe, on suggère plusieurs solutions de rechange aux fins d'amélioration.

Pouvoirs de rendre une ordonnance de ne pas faire (Projet de loi C-472)

Proposition

Le projet de loi C-472 modifierait la *Loi sur la concurrence* afin d'autoriser le Commissaire de la concurrence à émettre une ordonnance intérimaire pour empêcher une personne d'entreprendre une activité qui pourrait, selon le Commissaire, constituer un acte anticoncurrentiel ou pour ordonner à la personne d'entreprendre les mesures requises par le Commissaire pour prévenir des préjudices à la concurrence ou à toute autre personne.

Le Commissaire ne pourrait émettre une ordonnance intérimaire qu'à la condition d'avoir entrepris une enquête en vertu du paragraphe 10(1) afin de déterminer si cette personne s'est engagée dans une activité d'abus de position dominante et que sans l'ordonnance, le Commissaire juge qu'il pourrait y avoir préjudice à la concurrence, ou qu'un individu pourrait soit être éliminé comme concurrent, perdre une part importante de marché ou de revenu ou subir un autre préjudice auquel le Tribunal ne pourrait remédier de façon adéquate.

Le Commissaire imposerait une ordonnance intérimaire pour une période initiale de 20 jours avec prolongation possible pour deux périodes supplémentaires de 30 jours chacune.

Principe

Le Commissaire peut, à l'heure actuelle, demander au Tribunal une ordonnance intérimaire au sujet d'une fusion proposée en vertu de l'article 100 de la *Loi sur la concurrence,* si cette dernière fait l'objet d'une enquête entreprise en vertu de l'alinéa 10(1)(b). Le Commissaire peut également demander une

ordonnance intérimaire au Tribunal en vertu de l'article 104, mais seulement après que le Commissaire a demandé une ordonnance en vertu de la partie VIII (Affaires que le tribunal peut examiner). Le Tribunal peut alors émettre des ordonnances réparatrices finales suite à une révision complète de la présumée conduite.

Lorsqu'il est question d'abus de position dominante, les victimes de conduite anticoncurrentielle auront peut-être déjà cessé leurs activités commerciales avant que la question ne soit réglée. La proposition actuelle repose sur le principe qu'une poursuite rapide et immédiate pour faire cesser une présumée conduite anticoncurrentielle est essentielle afin de s'assurer qu'il n'y a pas eu un tort irréparable à la concurrence, plutôt que de devoir attendre la révision d'une cause et l'ordonnance du Tribunal. On a créé de tels pouvoirs récemment afin de permettre au Commissaire de traiter de questions d'abus de position dominante dans le secteur du transport aérien.

Aperçu des commentaires reçus

En général, les tenants de la proposition viennent des PME, et sont frustrés de la lenteur des procédures d'application actuelles et sont plus préoccupés par la capacité de protéger les entreprises au moyen d'une action rapide que par la question du respect du processus judiciaire. Les opposants représentent généralement les grandes entreprises et sont moins préoccupés par le comportement agressif des marchés qui fait souvent l'objet de plaintes dans les causes d'abus. Font aussi partie de ce groupe les avocats qui croient qu'il ne faut pas privilégier les objectifs de politique économique aux dépens de la procédure établie.

Expressions d'appui

Ceux qui appuient la proposition croient à la nécessité d'améliorer l'efficacité du Bureau, plus particulièrement lorsque le temps est un facteur. Investir le Commissaire d'un pouvoir d'action rapide lors d'enquêtes d'abus de dominance aura un double effet. D'abord, la concurrence ou un concurrent ne subira pas de préjudice irréparable avant la fin d'une enquête complète. Également, le responsable du présumé abus ne pourra pas profiter injustement de son comportement durant la période d'enquête par le Bureau de la concurrence qui risque d'être longue.

Les méthodes d'application actuelles en vertu de la *Loi sur la concurrence* fournies par les moyens conventionnels de litige sont jugées inadéquates car trop lentes pour corriger de telles situations. Ces délais avantagent de loin les entreprises dotées d'importantes ressources financières telles les grandes sociétés. L'intérêt de la proposition actuelle tient au fait qu'elle aiderait les petites entreprises qui sont souvent la cible de présumés abus de dominance. La proposition exigerait que l'intimé ayant reçu l'ordonnance mette fin à ses activités et donnerait en même temps à la partie visée la possibilité d'éviter la faillite avant le règlement de la question.

Les tenants de la proposition sont généralement d'accord que le pouvoir ne doit servir que pour des cas exceptionnels. On soutient cependant que la simple menace ou le recours occasionnel au pouvoir de

rendre une ordonnance de ne pas faire serait utile s'il permettait d'établir les paramètres d'une conduite acceptable pour les relations commerciales des entreprises.

Certains tenants croient que ce pouvoir est nécessaire à l'atteinte des objectifs de la politique décrits plus haut même s'ils jugent qu'il est inhabituel de confier un tel pouvoir à un fonctionnaire.

Préoccupations

Durant tout le processus de consultation, plusieurs commentateurs se disent très préoccupés du fait qu'en vertu de cette proposition, le pouvoir d'enquête et celui d'arbitre des plaintes serait confié à la même personne. On perçoit ce pouvoir comme une atteinte injustifiée à la procédure établie et incompatible avec les règles fondamentales de justice en n'assurant pas, entre autre, l'impartialité du décideur. La combinaison de ces fonctions, affirme-t-on, est un accroc à la constitution et certains commentateurs nous préviennent que la disposition risque de faire l'objet d'une contestation judiciaire à la première occasion. L'application d'un tel pouvoir engendrerait à tout le moins un litige prolongé.

On s'inquiète également que, sous sa forme actuelle, le pouvoir puisse mener à une forme de politisation. Par exemple, certains proposent d'utiliser ce pouvoir pour forcer une entreprise à agir d'une certaine façon sous menace d'une ordonnance à son endroit. Ceci pourrait se faire sans égard à la violation ou non de la loi par l'entreprise. Il n'y aurait pas de mesures de protection naturelles contre de telles possibilités, c'est-à-dire une surveillance judiciaire.

Plusieurs commentateurs craignent la possibilité que le Commissaire émette une ordonnance contre une partie, et que le Tribunal décide ultérieurement que la conduite en question est en fait une activité d'affaires légitime. Selon la proposition actuelle, le Commissaire ne serait pas tenu responsable d'un préjudice subi par une entreprise lors de la période d'ordonnance intérimaire. Pour certains commentateurs, ce scénario met en lumière le besoin d'exiger que le Commissaire convainque une tierce partie, c'est-à-dire une autorité judiciaire, du mérite d'une cause avant qu'une action ne soit entreprise contre une partie.

Certains commentateurs croient qu'on n'a pas justifié le besoin d'un pouvoir d'ordonnance intérimaire. Même si, par le passé, il y a eu des situations qui ont exigé le recours à ce pouvoir, on ne peut justifier la structure du pouvoir proposée. Certains commentateurs soutiennent que les entreprises victimes d'un présumé abus de dominance n'ont pas fait faillite du jour au lendemain mais plutôt sur une plus longue période. Le pouvoir proposé s'apparente à un pouvoir d'urgence, mais les commentateurs ne peuvent imaginer de situations qui justifieraient un tel pouvoir. Dans ce contexte, la proposition est jugée excessive et inutile.

On relève un certain nombre d'irrégularités procédurales et techniques dans la proposition. Par exemple, certains commentateurs sont d'avis que l'ordonnance intérimaire ne devrait pas être rendue *ex parte* et que l'intimé devrait avoir l'occasion de présenter des arguments, de préférence devant un arbitre agissant comme tierce partie. L'absence du droit à une audition ne donne pas d'autre choix à l'intimé que

de porter l'ordonnance en appel. Ceci renverse le fardeau de la preuve en ce sens que l'intimé doit convaincre le Tribunal que l'ordonnance ne devrait pas s'appliquer. De plus, certains commentateurs sont d'avis que la période de 80 jours pour la mise en vigueur de l'ordonnance intérimaire est trop longue, particulièrement lorsqu'il s'agit de cas où on n'a pas démontré que l'intimé manifestait un comportement fautif.

Certains commentateurs sont d'avis qu'on n'a pas suffisamment réfléchi à la question du besoin d'agir rapidement afin de protéger l'entreprise ciblée contre le droit de l'intimé de gérer ses affaires. Certains commentateurs sont d'avis qu'en raison du fait qu'une ordonnance temporaire risque d'avoir des répercussions sur les intérêts de l'entreprise ciblée et de l'intimé, il est important de bien établir le test sur l'émission de l'ordonnance afin d'équilibrer ces intérêts contradictoires. Par exemple, la proposition actuelle prévoit que le Commissaire pourra émettre une ordonnance lorsqu'il croit, entre autres choses, que l'action d'une personne « pourrait constituer une activité anticoncurrentielle ». Certains croient que ce seuil est trop bas. À cet égard, les facteurs déterminants pour certains commentateurs sont à la fois l'étude insuffisante de cette question et celles mentionnées plus haut.

Dans l'ensemble, les commentateurs sont d'avis que la proposition est problématique à plusieurs égards, tant du point de vue de la structure du pouvoir que de la rédaction même du projet de loi.

Solutions de rechange

Plusieurs commentateurs sont d'avis qu'il faut un pouvoir d'ordonnance intérimaire, mais ils croient aussi qu'il faut que ce pouvoir soit exercé par un arbitre agissant comme tierce partie tel que le Tribunal de la concurrence ou les tribunaux plutôt que par une seule personne. On souligne qu'il existe à l'heure actuelle des procédures d'ordonnance intérimaire dans la *Loi sur la concurrence*, notamment dans les articles 100 et 104, et que les tribunaux peuvent aussi exercer des pouvoirs de redressement par voie d'injonction. Les tribunaux ont donc de l'expérience à entendre des requêtes *ex parte* urgentes à court préavis.

En ce qui a trait aux tribunaux, par exemple, on propose qu'ils puissent exercer leurs pouvoirs en matière d'ordonnance intérimaire selon les critères en usage sur l'émission d'injonctions, soit un préjudice irréparable, une cause *prima facie*, et la prépondérance des probabilités.

Ou encore, certains proposent de modifier la *Loi sur la concurrence* afin d'insérer une disposition satisfaisante particulière pour traiter des cas d'abus de dominance en utilisant les dispositions d'ordonnance intérimaire actuelles. On propose, entre autres, d'éliminer l'exigence de déposer une requête en vertu de l'article 104 avant que le Commissaire puisse demander une ordonnance au Tribunal, ce qui permet d'émettre une ordonnance à l'étape de l'enquête.

Les commentateurs concluent généralement qu'il y a des solutions de rechange viables à celle de doter le Commissaire de la concurrence du pouvoir de rendre une ordonnance de ne pas faire qui permettent d'atteindre les mêmes objectifs de politique que ceux de la proposition actuelle.

Évaluation

On s'oppose au projet de loi tel que déposé surtout à cause de la structure du pouvoir. En général, on appuie toutefois un pouvoir de mesures provisoires afin de traiter des cas d'abus de dominance, mais non sous la forme proposée à l'heure actuelle.

S'il doit y avoir un pouvoir d'ordonnance intérimaire, il existe plusieurs solutions de rechange pratiques méritant un examen approfondi, comme l'article 104 de la Loi. Les commentateurs sont surtout d'avis que le pouvoir d'émettre de telles ordonnances demeurent la responsabilité des tribunaux ou que le Tribunal de la concurrence en soit investi (applicable par l'autorité judiciaire.)

Faciliter des alliances stratégiques et améliorer le climat d'investissement (Projet de loi C-472

Proposition

Le projet de loi C-472 modifierait la disposition sur le complot (article 45) afin de la rendre plus efficace contre les ententes les plus préjudiciables, tout en s'assurant de ne pas décourager les alliances stratégiques concurrentielles bénéfiques. On continuerait à considérer les ententes les plus préjudiciables comme des infractions criminelles tandis que les autres ententes seraient traitées sous une nouvelle disposition civile que l'on pourrait examiner (l'approche à deux volets).

En vertu de l'article 45 tel que modifié, les ententes sur la fixation des prix, les parts de marché, le boycottage des concurrents ou les limitations de rendement seraient présumés préjudiciables à moins d'être accessoires et suffisamment nécessaires à une alliance stratégique légitime (l'exception des restrictions accessoires) ou à moins que les parties en cause détiennent moins de 25 % du marché (« la règle d'interdiction»). En vertu de la disposition civile proposée, d'autres types d'ententes potentiellement anticoncurrentielles pourraient être examinés par le Tribunal de la concurrence afin de déterminer si ces ententes ont empêché ou considérablement réduit la concurrence. Dans le projet de loi C-472, on propose également un mécanisme au moyen duquel les entreprises pourraient demander au Commissaire de la concurrence un certificat d'autorisation qui permettrait aux entreprises d'aller de l'avant avec une entente en perspective sans encourir de risques de poursuites en justice ou devant le Tribunal de la concurrence.

Principe

La disposition portant sur le complot criminel (article 45) de la présente *Loi sur la concurrence* interdit les ententes qui empêchent ou réduisent indûment la concurrence. En vertu de ce critère du caractère indu, les ententes sont strictement examinées en fonction de leur portée sur la réduction de la concurrence.

Certains sont d'avis que le critère test du caractère indu crée des incertitudes en ne définissant pas clairement les types de comportement interdits ou le moment où la réduction de la concurrence « franchit le seuil de l'acceptabilité ». Certains craignent que ceci puisse créer un effet paralysant sur des alliances stratégiques potentiellement bénéfiques pour les concurrents. On critique également le critère du caractère indu parce qu'il est difficile de l'appliquer et parce qu'il ne tient compte que du facteur de réduction de la concurrence.

Le principe fondamental qui sous-tend le projet de loi C-472 est que seules les ententes les plus préjudiciables sont sujettes aux sanctions pénales et que les autres ententes (telles que les alliances stratégiques) seraient évaluées selon une norme civile. La loi serait plus efficace contre les activités des grands cartels et créerait plus de certitudes pour les entreprises si le critère du caractère indu était éliminé et si les catégories d'ententes considérées criminelles étaient mieux définies. Faute de vouloir cacher des activités de cartel, la plupart des alliances stratégiques ne seraient pas assujetties à l'article 45 tel que proposé, soit parce qu'elles ne constituent pas un des types de comportement prévus dans cet article, soit parce qu'elles font partie d'une des exceptions prévues à l'article. Lorsqu'on cherche à savoir si une alliance stratégique particulière nuit à la concurrence, l'alliance est évaluée en fonction de ses effets sur la concurrence selon le régime civil examinable proposé plutôt qu'en vertu de l'article 45. Ainsi, les alliances stratégiques bénéficieraient toujours du critère des effets de la concurrence, mais un tel critère serait une norme civile de « réduction importante de la concurrence », semblable aux dispositions portant sur l'abus de dominance et sur les fusions. Assorti de ces autres mesures, le processus de certificat de décharge permettrait de disposer d'une autre mesure de certitude contre l'effet paralysant sur les alliances stratégiques.

Vue d'ensemble des commentaires reçus

On est en général d'accord qu'il faut moderniser les dispositions actuelles sur le complot. Toutefois, les intervenants croient qu'il y a lieu de poursuivre la discussion car l'article 45 est l'une des pierres angulaires de la Loi et que les questions sont de nature complexe.

Plusieurs appuient l'approche à deux volets pour les ententes de concurrence. Les intervenants sont catégoriques et soutiennent qu'il est important de ne pas interdire les ententes sans conséquences ou potentiellement bénéfiques pour la concurrence. C'est la principale préoccupation des opposants au projet de loi C-472.

Les tenants et les opposants sont plus ou moins partagés sur la proposition particulière du projet de loi C-472. Quoiqu'une minorité appuie catégoriquement la proposition, ceux et celles qui ne prônent aucune modification à la disposition actuelle se retrouve nt également en minorité.

Manifestations d'appui

Approche à deux volets

Quoiqu'ils aient des réserves au sujet d'aspects particuliers de la proposition, les participants appuient fortement le principe général que les sanctions criminelles doivent être restreintes aux comportements les plus préjudiciables, et que les autres types d'ententes doivent être assujettis à une révision selon une norme civile. Plusieurs intervenants sont d'accord avec la proposition selon laquelle les effets sur la concurrence des alliances stratégiques seraient évalués en vertu d'un régime civil plutôt qu'en vertu du critère actuel du caractère indu.

On appuie aussi fortement le principe que la Loi doit être efficace et appliquée avec fermeté contre les ententes préjudiciables tout en incorporant des mesures de protection suffisantes pour s'assurer de ne pas décourager les alliances stratégiques bénéfiques.

Harmonisation

Nombre d'intervenants soutiennent qu'il faut harmoniser les dispositions sur le complot avec celles des É.-U., de l'Europe et des autres partenaires commerciaux majeurs, car les sociétés fonctionnent de plus en plus dans un cadre de marché international. Cette proposition est perçue comme une étape d'harmonisation avec les lois de concurrence étrangères qui ne comprennent pas en général de test d'effets de la concurrence pour les activités de base des cartels.

Certificats d'autorisation

Les points de vue sont partagés au sujet du besoin d'un processus de certificat d'autorisation. Certains intervenants sont d'avis que les entreprises auraient intérêt à savoir au préalable que leurs ententes ne seront pas contestées.

Préoccupations

Effet démesuré

Plusieurs intervenants expriment des craintes à l'effet que le libellé de l'article 45 tel que proposé dans le projet de loi C-472 pourrait inclure par inadvertance les alliances bénéfiques pour la concurrence et causer un plus grand effet paralysant par rapport à ce qui se produit en vertu de la disposition actuelle, c'est-à-dire un « effet démesuré ». Plus particulièrement, même si les intervenants acceptent généralement que les catégories particulières de comportements interdits dans le paragraphe 45(1) proposé soient préjudiciables, plusieurs croient que le libellé n'est pas suffisamment précis. Par contre, certains autres intervenants croient que la portée du paragraphe 45(1) ne pose pas de problème parce que la disposition serait nuancée par plusieurs mesures de protection et exceptions qui en limiteraient la portée. L'ambiguïté de l'exception proposée sur les restrictions accessoires (alinéa 45(7)(d)) est un point de vue partagé. Par exemple, cette exception semble indiquer qu'il faut deux ententes distinctes avant de pouvoir recourir à l'exception.

Les opinions sont partagées au sujet du critère du caractère indu. Certains intervenants pensent qu'on ne devrait pas apporter de modifications à l'article 45 tandis que d'autres prônent une approche plus ciblée comprenant le paragraphe 45(1) proposé, assorti du maintien du critère du caractère indu. A titre de comparaison, certains intervenants croient que la norme du caractère indu est trop exigeante et qu'elle fait perdre des causes valables et décourage les poursuites.

Les intervenants expriment des points de vue très partagés sur la règle d'interdiction de 25 % proposée (alinéa 45(7)(e)). Certains pensent que cette exception est une façon de s'assurer que l'article 45 ne porte pas sur des ententes qui ne sont pas susceptibles d'avoir un effet sur le marché. Parmi eux, quelques-uns suggèrent qu'un seuil de 35 % serait plus pertinent. De l'autre côté du débat, certains intervenants croient qu'un seuil d'interdiction n'est pas nécessaire et engendrerait les mêmes incertitudes que la norme du caractère indu reliée à la définition de marchés géographiques et de produits.

Défenses en vigueur

Le maintien des défenses aux paragraphes 45(3) et 45(5) comprises dans la Loi suscite un vif débat. Certains sont d'avis que ces défenses sont importantes pour éviter l'effet démesuré. D'aucuns croient que les défenses en vertu du paragraphe 45(3) actuel ne seraient plus nécessaires dès que le paragraphe 45(1) serait limité à des types particuliers de comportement, surtout étant donné que le paragraphe 45(4) actuel empêche le recours aux défenses pour plusieurs types d'ententes qui seraient interdites en vertu du paragraphe 45(1) proposé.

Certains intervenants croient que la défense en matière d'exportation prévue au paragraphe 45(5) actuel doit être supprimé car il est illogique d'accorder un traitement différent aux cartels en fonction de leurs cibles. Une autre justification invoquée à l'appui de l'élimination de cette défense est son inutilité contre les lois étrangères sur la concurrence et étant donné que dans un marché international, il serait improbable qu'un cartel n'ait pas aussi un effet sur le marché intérieur.

Économies et autres effets bénéfiques pour la concurrence

Certains intervenants soulèvent la question de la pertinence des économies ou autres avantages d'une entente en vertu de la nouvelle disposition civile. Certains mentionnent que la disposition sur les fusions comprend une défense en matière d'économies (article 96) et que la disposition sur l'abus de dominance comprend un facteur de « rendement concurrentiel supérieur » (paragraphe 79(4)). Plusieurs croient qu'il est important que le Tribunal puisse examiner les effets d'une entente sur les économies et l'innovation, étant donné que ces facteurs sont la première cause de la création d'ententes stratégiques. Certains intervenants croient que les effets bénéfiques pour la concurrence étaient déjà compris implicitement dans le test de réduction importante de la concurrence inclus dans la disposition civile proposée. Cependant, ces intervenants ne s'opposent pas à une référence explicite.

Certificats d'autorisation

Certains intervenants se disent préoccupés par la lenteur, la lourdeur et le coût possible du processus de certificats d'autorisation. D'autres suggèrent que le Bureau serait trop prudent pour l'émission de certificats. Certains trouvent inopportun que le Commissaire soit investi du pouvoir d'émettre des exemptions, tandis que le Procureur général seul peut accorder l'immunité contre des poursuites. Les intervenants craignent que le processus ne soit pas transparent, et que les tierces parties, susceptibles d'être préjudiciées par une entente, n'auront pas la possibilité de participer. Certains intervenants notent qu'un certificat d'autorisation ne semble pas offrir de protection contre les poursuites civiles en vertu de l'article 36 de la Loi.

Plusieurs intervenants mentionnent que la durée maximale de 3 ans proposée pour le certificat est trop courte étant donné que plusieurs alliances stratégiques durent plus longtemps. On propose nombre de solutions de rechange, y compris des délais plus longs, une procédure de reconduction, ou une disposition permettant de maintenir le certificat tant et aussi longtemps qu'il n'y a pas de changements des conditions ayant donné lieu au certificat. De l'autre côté, certains intervenants croient que la durée des certificats d'autorisation ne devrait pas être illimitée.

On propose que les parties obtiennent la permission de demander un certificat d'autorisation pour les ententes existantes qui deviendrait illégal si les modifications sont mises en vigueur (p.ex., une disposition d'antériorité).

Solutions de rechange

Un certain nombre d'intervenants suggèrent qu'il est peut-être possible de réduire l'effet démesuré si l'article 45 proposé met l'accent sur l'objet d'une entente plutôt que sur ses effets. Selon cette approche, l'article 45 ne s'appliquerait pas lorsqu'il serait établi que les parties ne prévoyaient pas que leur entente aurait les effets décrits au paragraphe 45(1) proposé. Ainsi, les conséquences imprévues des alliances stratégiques ne seraient pas contraires à la loi.

Comme solution de rechange à la disposition d'interdiction de 25 % proposée, on suggère d'inclure un tel seuil dans les lignes directrices sur l'application du Bureau plutôt que dans la loi.

Évaluation

Les participants expriment le souhait qu'on modernise les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portant sur les ententes de concurrence. Cependant, étant donné que ces dispositions sont au cœur même de la loi et en raison de la complexité des questions en jeu, les participants croient qu'il faut analyser, consulter et discuter davantage des dispositions sur le complot avant de tenter de les modifier.

D'une part, même si les intervenants prônent généralement une réduction de la portée des activités en vertu de l'article 45 et semblent ouverts à des solutions de rechange par rapport au critère du caractère indu actuel, ils se montrent également réticents quant à l'utilisation d'une disposition strictement criminelle.

D'autre part, l'approche à deux volets proposée dans le projet de loi C-472 semble acceptable à la majorité des intervenants, malgré leurs réticences au sujet de certains aspects de la proposition.

SOMMAIRE DES DISCUSSIONS SUR LES SEPT PRINCIPES

L'objectif du processus de consultation dont ce document fait état consiste à préciser le niveau d'appui pour les diverses initiatives de modification de la *Loi sur la concurrence* mises de l'avant en vertu des projets de loi C-402, C-438, C-471 et C-472 privés. Dans les pages qui précèdent, on fait état de la rétroaction obtenue par le FPP sous forme de mémoires et de commentaires sur les projets de loi reçus lors de séances en tables rondes tenues à cet effet. Dans les paragraphes qui suivent, nous résumons succinctement le niveau et la nature de l'appui pour chacun des projets de loi.

Illustrer l'abus de position dominante dans le commerce de détail (Projet de loi C-402)
Étant donné les points de vue divergents exprimés sur les modifications de la *Loi sur la concurrence* portant sur l'ajout d'exemples de comportements anticoncurrentiels de l'industrie du commerce au détail à la liste non-limitative d'activités anticoncurrentielles de l'article 78, il est peu probable qu'on obtiendra un consensus même avec un libellé différent.

Informer les consommateurs (Projet de loi C-438)
Les participants accordent un appui important à la proposition de modifier la *Loi sur la concurrence* afin d'interdire l'envoi par la poste de concours trompeurs ou par tout autre moyen de livraison pourvu que la modification proposée comprenne l'Internet et plus particulièrement le courrier électronique.

Faciliter la coopération entre les autorités en matière de concurrence (Projet de loi C-471)
On appuie conditionnellement mais de façon importante l'aspect de la proposition qui vise à donner au Canada le fondement juridique nécessaire pour conclure des ententes avec d'autres autorités juridictionnelles et ainsi améliorer l'entraide internationale sur le droit de la concurrence non criminelle. On appuie la mise de l'avant du projet d'amélioration de la coopération internationale sujet au règlement de certaines questions de fonctionnement et de confidentialité.

Droits privés d'accès au Tribunal de la concurrence (Projet de loi C-472)
On exprime des points de vues partagés sur la proposition de permettre aux individus d'avoir accès, en leur nom, au Tribunal de la concurrence sur le refus de vendre, (article 75) la vente exclusive, la vente liée et les limitations du marché (article 77). Il est possible d'obtenir un consensus sur cette proposition à condition de pouvoir rassurer les participants qu'elle permettrait d'éviter les litiges stratégiques.

Renvois (Projet de loi C-471); adjudication des dépens et jugements sommaires (Projet de loi C-472)
On accepte globalement en principe les modifications en vue d'élargir les pouvoirs du Tribunal de la concurrence afin d'accorder des dépens, d'émettre des jugements sommaires et d'effectuer des renvois sur des questions clés dans le but d'obtenir une décision rapide, car elles représentent des améliorations

au fonctionnement du Tribunal. On propose également d'autres solutions de rechange pour améliorer le fonctionnement du Tribunal.

Pouvoirs de rendre une ordonnance de ne pas faire (Projet de loi C-472)
On est majoritairement opposé à la proposition d'ajouter le pouvoir de rendre une ordonnance de ne pas faire permettant au Commissaire de la concurrence de traiter de questions d'abus de dominance. Toutefois, on appuie généralement un pouvoir de mesures intérimaires accordé aux tribunaux pour traiter des abus de dominance. On propose un certain nombre de solutions de rechange pratiques aux fins d'exploration.

Faciliter les alliances stratégiques et améliorer le climat d'investissement (Projet de loi C-472)
Les participants expriment le souhait de voir une mise à jour des dis positions de la *Loi sur la concurrence* en matière de complot (article 45). L'approche à deux volets que sous-tend le projet de loi C-472 rallie la majorité, malgré les réticences sur certains aspects de la proposition. Toutefois, les participants croient que la proposition de modification des dispositions de la Loi sur le complot requiert plus de discussions, d'analyse et de consultations étant donné l'importance des ces dispositions dans la Loi et vu la complexité des questions à régler.

COMMENTAIRES EN MARGE DE L'EXAMEN DES SEPT PRINCIPES

Un certain nombre de participants expriment le désir de faire des commentaires sur des questions en marge des sept principes qui sous-tendent les modifications législatives. Ces questions pourront peut-être faire l'objet d'études dans le cadre d'une révision future de la politique sur la concurrence. Nous résumons ci-dessous les commentaires reçus par écrit et lors des séances en tables rondes.

a) Le processus de consultation

Le processus de consultation mené par le Forum des politiques publiques au nom du Bureau de la concurrence a fait l'objet de mémoires par écrit et de discussions en tables rondes de la part d'intervenants. Certains commentaires expriment un appui non-équivoque au processus de consultation. Les individus et les organisations n'ayant pas participé aux derniers processus de consultation sont particulièrement favorables au format de la consultation. Par contre, certains représentants d'organismes qui participent régulièrement à des processus de consultation plus traditionnels expriment de sérieuses réserves au sujet du processus. On peut les classer en deux catégories : 1) la rapidité du processus et 2) le principe de base de la consultation.

Sur la rapidité du processus, plusieurs intervenants qui avaient participé à des consultations précédemment sont étonnés, voire même consternés du fait que notre processus allait se réaliser en six mois. Plusieurs intervenants mentionnent qu'ils n'ont pas eu suffisamment le temps de réfléchir et de consulter leurs collègues (et leurs membres et clients dans le cas d'associations professionnelles et d'entreprises de consultation) sur l'impact des modifications proposées.

Comme préoccupation connexe, on mentionne le fait que les discussions portaient sur des projets de loi privés. Certains intervenants peuvent avoir eu l'impression que l'existence même des projets de loi semblait indiquer que le gouvernement fédéral avait déjà décidé de ses orientations sur les modifications avant même de lancer les consultations. Certains croient que les projets de loi ont été rédigés sans consultation adéquate auprès des principaux intéressés et que le gouvernement aurait dû préparer un livre blanc plus élaboré sur ses intentions de modifications à la loi suivi d'un processus de consultation en profondeur qui aurait permis aux intéressés de commenter les propositions. Les consultations auraient permis d'en arriver à une ébauche de projet de loi qui aurait fait l'objet, à son tour, de consultations ultérieures. Le fait que le Comité permanent de l'industrie ait lancé de vastes consultations sur les modifications proposées, en s'adressant dans plusieurs cas aux mêmes intervenants, et que certaines des propositions (comme l'accès privé et l'entraide internationale) aient déjà fait l'objet de consultations auprès des intéressés au cours des dernières années, n'ont pas dissipé les préoccupations des intervenants. En dernier lieu, certains intervenants croient que le gouvernement fédéral n'a pas justifié le bien-fondé du besoin de procéder à la plupart des modifications proposées.

Cela étant dit, le Forum des politiques publiques est d'avis que ce processus de consultation a été une réussite, et ce pour deux raisons :

1) Les consultations ont permis aux intervenants n'ayant pas participé préalablement à l'élaboration de mesures législatives sur la concurrence – généralement du milieu des petites et moyennes entreprises – d'exprimer leurs préoccupations au sujet des répercussions de ces lois sur eux et de proposer des améliorations. Ces intéressés ont pu participer aux consultations grâce non seulement au fait d'avoir été invités mais également à la suite de consultations entreprises en région, ce qui a réduit les coûts de participation.

2) Pour la première fois, le processus de consultation a permis aux intéressés ayant des points de vue différents d'échanger. Selon le mandat de facilitateur neutre du Forum des politiques publiques, nous croyons que ce type de dialogue donne des résultats beaucoup plus utiles et se fait plus en profondeur.

Cependant, il aurait été utile d'accorder plus de temps aux participants pour étudier les complexités des mesures législatives proposées, si ce n'est que pour les rassurer que nous voulions faire notre possible pour prendre bonne note de leurs points de vue.

b) Le fonctionnement du Bureau de la concurrence

On soulève plusieurs points sur l'insatisfaction face à l'exécution du mandat du Bureau de la concurrence. On a déjà fait allusion à un certain nombre de ces questions lors de discussions préalables sur les modifications législatives. Voici un résumé de certaines de ces préoccupations ainsi que d'autres.

i) Renouvellement du personnel au Bureau de la concurrence

Plusieurs intervenants mentionnent que le Bureau de la concurrence ne possède pas les ressources nécessaires pour réaliser son mandat de façon satisfaisante. Même si la majorité des intervenants reconnaissent la compétence du personnel du Bureau, plusieurs d'entre eux font tout de même part de leurs inquiétudes à d'autres niveaux. Certains suggèrent, à titre d'exemple, qu'un manque de ressources pourrait compromettre l'indépendance du Bureau. Plusieurs intervenants croient que le manque de ressources oblige le Bureau de la concurrence à établir ses priorités en excluant des cas valables. En effet, certaines des raisons invoquées pour ne pas appuyer certaines propositions de modifications sont à l'effet qu'elles augmenteraient la charge de travail du Bureau, rendant la situation plus difficile qu'elle ne l'est déjà

ii) Personnel et activités du Bureau de la concurrence

On soulève diverses autres questions au sujet du Bureau de la concurrence.

- Un répondant commente que « le Bureau n'accorde pas assez d'importance à l'analyse économique des cas comme facteur de prise de décision ». Le répondant attribue, du moins en partie, cet état de chose au fait que ce sont des avocats qui occupent les postes les plus élevés du Bureau et non des économistes.

- Certains proposent que le ministère de la Justice et le Commissaire de la concurrence cessent d'avoir recours à des avocats de l'extérieur et à toute autre action qui puisse donner même l'apparence de conflit d'intérêt ou de partialité.

- Un intervenant se plaint du fait que le Bureau ne rend pas de compte au public pour « sa grande latitude, et son comportement plutôt erratique dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire » car le Bureau n'est pas tenu de fournir les motifs de ses décisions.

c) Autres questions

On soulève plusieurs autres questions sur la législation en matière de concurrence dont la plupart sous forme de mémoires par écrit.

- Une société de télécommunications note que les compétences relatives du Tribunal de la concurrence et des organismes de réglementation spécialisés de l'industrie se définissent par les accords de collaboration officieux entre les agences et une doctrine jurisprudentielle intitulée la « défense fondée sur des actes réglementés ». On propose l'examen des lois australiennes sur les télécommunications qui confient « la surveillance en matière de concurrence à l'autorité responsable de la concurrence ».

- Les amendes devraient dépasser (de beaucoup) les profits provenant des activités qui entravent la *Loi sur la concurrence*. On propose d'éliminer les amendes maxima de 10 millions de dollars à la suite d'une condamnation afin de signaler aux entreprises qu'on ne tolérera pas les ententes anticoncurrentielles entre concurrents.

- Un organisme gouvernemental propose que certains produits de santé vendus par l'entremise de l'Internet soient réglementés.

CONCLUSION

Le Forum des politiques publiques est heureux d'avoir entrepris cette consultation de portée nationale sur les politiques visant la concurrence. Les questions qui ont été débattues préoccupent tous ceux et celles qui oeuvrent au sein de l'économie canadienne, que ce soit la plus grande entreprise, le propriétaire d'une petite entreprise ou le consommateur.

Nous avons résumé plus haut les points de vue exprimés sur les propositions de modifications à la *Loi sur la concurrence* à la fois par les représentants de tous ces secteurs de même que par les autres parties intéressées comme les gouvernements et les universitaires.

Les lecteurs intéressés trouveront des commentaires plus détaillés sur les modifications proposées ainsi que sur d'autres questions au sujet des politiques sur la concurrence dans les annexes ci-jointes et en particulier, dans les sommaires de chacune des tables rondes.

Vous pouvez également consulter ce rapport, tous les documents d'information préparés par le Bureau de la concurrence et le Forum des politiques publiques ainsi que les rapports des tables rondes et les mémoires écrits en parcourant le site Web du Forum des politiques publiques au : www.ppforum.com.